



**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

Índice

1 INTRODUCCIÓN	13
2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES.....	21
3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES	21
4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN	21
5 ANTECEDENTES Y MEDIDA EN LITIGIO	22
5.1 Participación de los Estados Unidos en iniciativas multilaterales.....	22
5.2 Régimen nacional de etiquetado dolphin safe de los Estados Unidos: la medida en litigio y su evolución en el curso de la diferencia <i>Atún II</i>	23
6 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN.....	30
6.1 Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.....	30
6.1.1 Introducción.....	30
6.1.2 "Trato no menos favorable" a tenor del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC	32
6.1.2.1 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error en su articulación del criterio jurídico	32
6.1.2.2 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al rechazar el argumento de México relativo a la pertinencia de la sostenibilidad de la población de atunes y del ecosistema marino.....	35
6.1.3 Lo que el criterio jurídico del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC entraña en la presente diferencia.....	37
6.1.3.1 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al no tomar en consideración el vínculo entre las distinciones reglamentarias de la medida y los objetivos de esta	39
6.1.3.1.1 La cuestión de si el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales tuvo en cuenta la exactitud de la etiqueta dolphin safe a la luz de los objetivos de la medida sobre el atún de 2016	39
6.1.3.1.2 La cuestión de si los riesgos de inexactitud del etiquetado forman parte de los riesgos a los que la medida sobre el atún de 2016 se debe adaptar	44
6.1.3.1.3 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al hacer referencia al "margen de error" en su análisis de la adaptación	46
6.1.3.2 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al limitar aspectos de su análisis de la adaptación a una comparación de los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca	49
6.1.3.3 Conclusión	55
6.1.4 Evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales.....	56
6.1.4.1 Las constataciones de los Grupos Especiales.....	57
6.1.4.2 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al no evaluar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales.....	60
6.1.4.3 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al utilizar el perfil de riesgo de los lances sobre delfines en el PTO como punto de referencia	63
6.1.4.4 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse principalmente en datos por lance y excluir otros factores pertinentes.....	69
6.1.4.4.1 Riesgos para las poblaciones de delfines	70
6.1.4.4.2 Niveles absolutos de efectos perjudiciales	75
6.1.4.4.3 Supervisión reglamentaria insuficiente	77

6.1.4.5	Conclusión	78
6.1.5	Evaluación realizada por los grupos especiales de la cuestión de si la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función de los riesgos para los delfines.....	79
6.1.5.1	Introducción.....	79
6.1.5.2	Criterios de admisibilidad	81
6.1.5.3	Prescripciones en materia de certificación	84
6.1.5.4	Prescripciones en materia de seguimiento y verificación.....	95
6.1.5.4.1	Resumen de las constataciones formuladas en el primer procedimiento sobre el cumplimiento con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2013	96
6.1.5.4.2	Resumen de las constataciones formuladas por los Grupos Especiales con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2016.....	98
6.1.5.4.3	Análisis jurídico.....	101
6.1.5.4.4	Conclusión con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación	108
6.1.5.5	La medida sobre el atún de 2016 "en su totalidad".....	108
6.1.6	Conclusión en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC	110
6.2	Artículo XX del GATT de 1994	110
6.2.1	Constataciones de los Grupos Especiales	110
6.2.2	La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún de 2016 cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994	112
6.2.3	Conclusión	120
6.3	La decisión de los Grupos Especiales de celebrar una reunión parcialmente abierta.....	121
6.3.1	Antecedentes de procedimiento	121
6.3.2	Suficiencia del anuncio de apelación de México	122
6.3.3	La cuestión de si el Órgano de Apelación debería pronunciarse sobre esta cuestión	126
7	CONSTATACIONES Y CONCLUSIONES.....	128
7.1	La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error en las constataciones que formularon en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC	128
7.2	La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error en las constataciones que formularon en el marco del artículo XX del GATT de 1994	131
7.3	La decisión de los Grupos Especiales de celebrar una reunión parcialmente abierta.....	131
7.4	Recomendación	132

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviatura	Descripción
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
Acuerdo sobre la OMC	Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
Administrador Adjunto	Administrador Adjunto de los Estados Unidos para las Pesquerías, NMFS (NOAA), o la persona por él designada
APICD	Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
CC	certificado de captura
CFR	<i>United States Code of Federal Regulations</i>
CIAT curso de capacitación para capitanes	Comisión Interamericana del Atún Tropical curso de capacitación sobre pesca <i>dolphin safe</i> del Programa de Seguimiento y Verificación del Atún del NMFS
DCP	dispositivo de concentración de peces
decisión judicial en el caso <i>Hogarth</i>	Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, <i>Earth Island Institute v. Hogarth</i> , 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007); Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, <i>Earth Island Institute v. Hogarth</i> , 494 F.3d 1123 (9th Cir. 2007)
DPCIA	<i>Dolphin Protection Consumer Information Act of 1990</i> (Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990), codificada en el <i>United States Code</i> , Título 16, artículo 1385
EBP	eliminación biológica potencial
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
INDNR	pesca ilegal, no declarada y no reglamentada
informe del Grupo Especial inicial	informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/R
informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento	informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS381/RW, Add.1 y Corr.1
informes de los Grupos Especiales	informes de los Grupos Especiales, <i>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</i> , WT/DS381/RW/USA y Add.1 / <i>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</i> , WT/DS381/RW2 y Add.1
ISSF	Fundación Internacional para la Sostenibilidad de los Alimentos Marinos
LMD	límite de mortalidad de delfines
LPICD	Ley del Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
medida sobre el atún de 2013	DPCIA; <i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, Parte 216, apartado H (<i>Dolphin Safe Tuna Labeling</i>) (Etiquetado <i>dolphin safe</i> del atún), modificado por la norma de 2013; y la decisión judicial en el caso <i>Hogarth</i>
medida sobre el atún de 2016	DPCIA, el reglamento de aplicación de 2016, y la decisión judicial en el caso <i>Hogarth</i>
medida sobre el atún inicial	DPCIA; <i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, artículos 216.91 y 216.92 (<i>Dolphin Safe Tuna Labeling</i>) (Etiquetado <i>dolphin safe</i> del atún), al 13 de septiembre de 2004; y la decisión judicial en el caso <i>Hogarth</i>
NMFS	Servicio Nacional de Pesca Marítima
NOAA	Administración Nacional del Océano y la Atmósfera
norma de 2013	USDOC, NOAA, <i>Enhanced Document Requirements to Support Use of the Dolphin Safe Label on Tuna Products</i> (Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta <i>dolphin safe</i> en los productos de atún), <i>United States Federal Register</i> , volumen 78, Nº 131 (9 de julio de 2013), páginas 40997-41004

Abreviatura	Descripción
norma de 2016	<i>Enhanced Document Requirements and Captain Training Requirements to Support Use of the Dolphin Safe Label on Tuna Products</i> (Prescripciones documentales y prescripciones en materia de formación de capitanes reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta <i>dolphin safe</i> en los productos de atún), <i>United States Federal Register</i> , volumen 81, Nº 56 (23 de marzo de 2016)
OATO	océano Atlántico Tropical Oriental
OMC	Organización Mundial del Comercio
OPCO	océano Pacífico Central y Occidental
OROP	organización regional de ordenación pesquera
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PICD	Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
Procedimientos de trabajo	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010
PTO	océano Pacífico Tropical Oriental
reglamento de aplicación de 2016	<i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, Parte 216, apartado H (<i>Dolphin Safe Tuna Labeling</i>) (Etiquetado <i>dolphin safe</i> del atún), modificado por la norma de 2013 y la norma de 2016
RSA	registro de seguimiento de atún
SDC	sistema de documentación de capturas
solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México	solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS381/38
solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos	solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS381/32
USDOC	Departamento de Comercio de los Estados Unidos

PRUEBAS DOCUMENTALES PRESENTADAS A LOS GRUPOS ESPECIALES CITADAS EN EL PRESENTE INFORME

Prueba documental Nº	Título abreviado (cuando proceda)	Descripción
<u>Expediente del Grupo Especial inicial</u>		
Prueba documental MEX-11 presentada al Grupo Especial inicial	APICD	Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (anexos I, IV I) 3) c) y VII 6))
Prueba documental MEX-29 presentada al Grupo Especial inicial		Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Septentrional de California, <i>Earth Island Institute et al. v. Donald Evans et al.</i> , 34 ELR 20069 (N.D. Cal. 2004)
Prueba documental MEX-30 presentada al Grupo Especial inicial		Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, <i>Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth</i> , 484 F.3d 1123 (9th Cir. 2007)
Prueba documental MEX-31 presentada al Grupo Especial inicial		Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, <i>Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth</i> , 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007)
Prueba documental MEX-55 presentada al Grupo Especial inicial		APICD, <i>Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna</i> (Resolución para adoptar el Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún modificado) (20 de junio de 2001)

Prueba documental N°	Título abreviado (cuando proceda)	Descripción
Prueba documental US-5 presentada al Grupo Especial inicial	DPCIA	<i>Dolphin Protection Consumer Information Act of 1990</i> (Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990), codificada en el <i>United States Code</i> , Título 16, artículo 1385
Prueba documental US-6 presentada al Grupo Especial inicial		<i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, artículos 216.91 y 216.92
Prueba documental US-58 presentada al Grupo Especial inicial		<i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, artículos 216.91-216.95
<u>Expediente del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento</u>		
Prueba documental MEX-7 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento	norma de 2013	USDOC, NOAA, <i>Enhanced Document Requirements to Support Use of the Dolphin Safe Label on Tuna Product</i> (Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta <i>dolphin safe</i> en los productos de atún), <i>United States Federal Register</i> , volumen 78, N° 131 (9 de julio de 2013), páginas 40997-41004
Prueba documental MEX-8 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento	DPCIA	<i>Dolphin Protection Consumer Information Act of 1990</i> (Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990), codificada en el <i>United States Code</i> , Título 16, artículo 1385
Prueba documental MEX-20 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento		<i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, artículo 16
Prueba documental MEX-30 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento		APICD, en su forma enmendada en octubre de 2009, artículo I.8 y anexo II, párrafos 1-3
Prueba documental MEX-36 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento		APICD, <i>Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna</i> (Resolución para adoptar el Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún modificado) (20 de junio de 2001)
Prueba documental US-2 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento	reglamento de aplicación de 2013	USDOC, NMFS/NOAA, <i>Dolphin Safe Tuna Labeling</i> (Etiquetado <i>dolphin safe</i> del atún), <i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, Parte 216, apartado H (artículos 216.90-216.95)
Prueba documental US-113 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento		<i>Determination of Observer Programs as Qualified and Authorized by the Assistant Administrator for Fisheries</i> (Determinación de programas de observadores aptos y autorizados por el Administrador Adjunto para las Pesquerías), <i>United States Federal Register</i> , volumen 79, N° 134 (14 de julio de 2014), páginas 40718-40720
Prueba documental US-114 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento		NMFS, <i>National Observer Program FY 2012 Annual Report</i> (Informe anual de 2012 sobre el Programa nacional de observadores) (2013)
<u>Expediente de los Grupos Especiales en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento</u>		
Prueba documental MEX-1 presentada a los Grupos Especiales	DPCIA	<i>Dolphin Protection Consumer Information Act of 1990</i> (Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990), codificada en el <i>United States Code</i> , Título 16, artículo 1385
Prueba documental MEX-2 presentada a los Grupos Especiales	reglamento de aplicación de 2016	USDOC, NMFS/NOAA, <i>Dolphin Safe Tuna Labeling</i> (Etiquetado <i>dolphin safe</i> del atún), <i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, Parte 216, apartado H, artículos 216.90-216.95

Prueba documental N°	Título abreviado (cuando proceda)	Descripción
Prueba documental MEX-3 presentada a los Grupos Especiales	decisión judicial en el caso <i>Hogarth</i>	Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, <i>Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth</i> , 484 F.3d 1123 (9th Cir. 2007) y Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, <i>Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth</i> , 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007)
Prueba documental MEX-8 presentada a los Grupos Especiales		APICD, <i>Report on the International Dolphin Conservation Program</i> (Informe sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines), Documento MOP-28-05, 18 de octubre de 2013
Prueba documental MEX-15 presentada a los Grupos Especiales		Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, " <i>Tuna Drifting Gillnet</i> " (Pesca de atún con redes agalleras de deriva), consultada el 17 de marzo de 2014
Prueba documental MEX-18 presentada a los Grupos Especiales		Natural Resources Defense Council, <i>Net Loss: The Killing of Marine Mammals in Foreign Fisheries</i> (Nueva York, enero de 2014)
Prueba documental MEX-26 presentada a los Grupos Especiales		Página web de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, " <i>Industrial Tuna Longlining</i> " (Pesca de atún con palangre industrial), consultada el 17 de marzo de 2014
Prueba documental MEX-37 presentada a los Grupos Especiales		Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, " <i>Trawl Nets</i> " (Redes de arrastre), consultado el 23 de marzo de 2014
Prueba documental MEX-38 presentada a los Grupos Especiales		Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, " <i>Tuna Handlining</i> " (Pesca de atún con líneas de mano), consultado el 5 de septiembre de 2016
Prueba documental MEX-47 presentada a los Grupos Especiales		<i>Enhanced Document Requirements and Captain Training Requirements to Support Use of the Dolphin Safe Label on Tuna Products</i> (Prescripciones documentales y prescripciones en materia de formación de capitanes reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta <i>dolphin safe</i> en los productos de atún), <i>United States Federal Register</i> , volumen 81, N° 56 (23 de marzo de 2016), páginas 15444-15449
Prueba documental MEX-104 presentada a los Grupos Especiales		Administración Nacional del Océano y la Atmósfera, 2015 <i>NOAA Marine Debris Program Report, Impact of "Ghost Fishing" via Derelict Fishing Gear</i> (Charleston, marzo de 2015)
Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales		ISSF, <i>RFMO Catch Documentation Schemes: A Summary</i> (Washington DC, 14 de septiembre de 2016)
Prueba documental USA-1 presentada a los Grupos Especiales	DPCIA	<i>Dolphin Protection Consumer Information Act of 1990</i> (Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990), codificada en el <i>United States Code</i> , Título 16, artículo 1385
Prueba documental USA-2 presentada a los Grupos Especiales	reglamento de aplicación de 2016	USDOC, NMFS/NOAA, <i>Dolphin Safe Tuna Labeling</i> (Etiquetado <i>dolphin safe</i> del atún), <i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, Parte 216, apartado H, artículos 216.90-216.95
Prueba documental USA-3 presentada a los Grupos Especiales		<i>Taking and Related Acts Incidental to Commercial Fishing Operations by Tuna Purse Seine Vessels in the Eastern Tropical Pacific Ocean</i> (Capturas y otras acciones conexas incidentales en las operaciones de pesca comercial de los atuneros cerqueros en el océano Pacífico Tropical Oriental), <i>United States Code of Federal Regulations</i> , Título 50, artículo 216.24 (2016)

Prueba documental N°	Título abreviado (cuando proceda)	Descripción
Prueba documental USA-4 presentada a los Grupos Especiales	formulario 370 de la NOAA	NOAA, Formulario 370: Certificado de Origen de Pesquerías (2016)
Prueba documental USA-12 presentada a los Grupos Especiales		T. Gerrodette, "The Tuna-Dolphin Issue", en Perrin, Wursig y Thewissen (editores), <i>Encyclopedia of Marine Mammals</i> , segunda edición (Elsevier, 2009), páginas 1192-1195
Prueba documental USA-15 presentada a los Grupos Especiales		APICD, <i>Report on the International Dolphin Conservation Program</i> (Informe sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines), Documento MOP-32-05, 20 de octubre de 2015
Prueba documental USA-60 presentada a los Grupos Especiales		Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Documento Técnico de Pesca y Acuicultura de la FAO, volumen 568, <i>Bycatch and Non-Tuna Catch in the Tropical Purse Seine Fisheries of the World</i> (Roma, 2013)
Prueba documental USA-90 presentada a los Grupos Especiales		Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, "System for Tracking and Verifying Tuna, as amended" (Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún, modificado) (2015)
Prueba documental USA-111 presentada a los Grupos Especiales		Mortalidad de delfines por lance debida a lances sobre delfines en el PTO y en otras pesquerías
Prueba documental USA-166 presentada a los Grupos Especiales		<i>United States Code</i> , Título 18, artículo 545
Prueba documental USA-167 presentada a los Grupos Especiales		<i>United States Code</i> , Título 18, artículo 3571
Prueba documental USA-169 presentada a los Grupos Especiales		<i>United States Code</i> , Título 16, artículo 3372
Prueba documental USA-170 presentada a los Grupos Especiales		<i>Civil Monetary Penalty Adjustments for Inflation</i> (Ajustes de las sanciones monetarias civiles por la inflación), <i>United States Federal Register</i> , volumen 81, N° 109 (7 de junio de 2016), páginas 36454-36458
Prueba documental USA-171 presentada a los Grupos Especiales		<i>United States Code</i> , Título 16, artículo 3373
Prueba documental USA-172 presentada a los Grupos Especiales		<i>United States Code</i> , Título 16, artículo 3374
Prueba documental USA-173 presentada a los Grupos Especiales		<i>United States Code</i> , Título 18, artículo 1001
Prueba documental USA-174 presentada a los Grupos Especiales		<i>United States Code</i> , Título 16, artículo 1375

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Argentina - Calzado (CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado</i> , WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000
<i>Australia - Salmón</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón</i> , WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
<i>Brasil - Neumáticos recauchutados</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados</i> , WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
<i>Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado</i> , WT/DS276/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004
<i>CE - Accesorios de tubería</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil</i> , WT/DS219/AB/R, adoptado el 18 de agosto de 2003
<i>CE - Amianto</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto</i> , WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
<i>CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS27/AB/RW2/ECU, adoptado el 11 de diciembre de 2008, y <i>Corr.1 / Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS27/AB/RW/USA y <i>Corr.1</i> , adoptado el 22 de diciembre de 2008
<i>CE - Determinadas cuestiones aduaneras</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Determinadas cuestiones aduaneras</i> , WT/DS315/AB/R, adoptado el 11 de diciembre de 2006
<i>CE - Elementos de fijación (China)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China</i> , WT/DS397/AB/R, adoptado el 28 de julio de 2011
<i>CE - Hormonas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
<i>CE - Productos derivados de las focas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas</i> , WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptados el 18 de junio de 2014
<i>CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India - Recurso de la India al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS141/AB/RW, adoptado el 24 de abril de 2003
<i>CE - Sardinas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas</i> , WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS316/AB/RW y <i>Add.1</i> , adoptado el 28 de mayo de 2018
<i>China - Tierras raras</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno</i> , WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptados el 29 de agosto de 2014
<i>China - Tubos de altas prestaciones (UE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes de la Unión Europea</i> , WT/DS460/AB/R y <i>Add.1</i> , adoptado el 28 de octubre de 2015

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Colombia - Textiles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Colombia - Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado</i> , WT/DS461/AB/R y Add.1, adoptado el 22 de junio de 2016
<i>Corea - Bebidas alcohólicas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999
<i>Corea - Productos lácteos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos</i> , WT/DS98/AB/R y Corr.1, adoptado el 12 de enero de 2000
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/R, adoptado el 13 de junio de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS381/AB/R
<i>Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos) / Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México II)</i>	Informes de los Grupos Especiales, <i>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</i> , WT/DS381/RW/USA y Add.1 / <i>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</i> , WT/DS381/RW2 y Add.1, distribuidos a los Miembros de la OMC el 26 de octubre de 2017
<i>Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS381/AB/RW y Add.1, adoptado el 3 de diciembre de 2015
<i>Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS381/RW, Add.1 y Corr.1, adoptado el 3 de diciembre de 2015, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS381/AB/RW
<i>Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)</i>	Decisión del Árbitro, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD</i> , WT/DS381/ARB, 25 de abril de 2017
<i>Estados Unidos - Camarones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón</i> , WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor</i> , WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012
<i>Estados Unidos - EPO</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)</i> , WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012
<i>Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptados el 29 de mayo de 2015

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina</i> , WT/DS268/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2004
<i>Estados Unidos - Gasolina</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional</i> , WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996
<i>Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)</i> , WT/DS353/AB/R, adoptado el 23 de marzo de 2012
<i>Estados Unidos - Incentivos fiscales</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles</i> , WT/DS487/R y Add.1, adoptado el 22 de septiembre de 2017, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS487/AB/R
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000</i> , WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003
<i>Estados Unidos - Plomo y bismuto II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido</i> , WT/DS138/AB/R, adoptado el 7 de junio de 2000
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (Japón)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción</i> , WT/DS322/AB/R, adoptado el 23 de enero de 2007
<i>Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero</i> , WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
<i>India - Patentes (Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura</i> , WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998
<i>Indonesia - Productos de hierro o acero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Indonesia - Salvaguardia sobre determinados productos de hierro o acero</i> , WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, y Add.1, adoptado el 27 de agosto de 2018
<i>Japón - Bebidas alcohólicas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
<i>Japón - Manzanas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas</i> , WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
<i>Japón - Productos agrícolas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas</i> , WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999
<i>México - Medidas antidumping sobre el arroz</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>México - Medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz, Reclamación con respecto al arroz</i> , WT/DS295/AB/R, adoptado el 20 de diciembre de 2005
<i>UE - Alcoholes grasos (Indonesia)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Unión Europea - Medidas antidumping sobre las importaciones de determinados alcoholes grasos procedentes de Indonesia</i> , WT/DS442/AB/R y Add.1, adoptado el 29 de septiembre de 2017

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>UE - Biodiésel (Argentina)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Unión Europea - Medidas antidumping sobre el biodiésel procedente de la Argentina</i> , WT/DS473/AB/R y Add.1, adoptado el 26 de octubre de 2016
<i>UE - PET (Pakistán)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Unión Europea - Medidas compensatorias sobre determinado tereftalato de polietileno procedente del Pakistán</i> , WT/DS486/AB/R y Add.1, adoptado el 28 de mayo de 2018

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN**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 ESDMéxico, *Apelante*
Estados Unidos, *Apelado*Australia, *Tercero participante*
Brasil, *Tercero participante*
Canadá, *Tercero participante*
China, *Tercero participante*
Ecuador, *Tercero participante*
Unión Europea, *Tercero participante*
Guatemala, *Tercero participante*
India, *Tercero participante*
Japón, *Tercero participante*
Corea, *Tercero participante*
Nueva Zelandia, *Tercero participante*
Noruega, *Tercero participante*

AB-2017-9

Sección del Órgano de Apelación:

Bhatia, Presidente de la Sección
Graham, Miembro
Zhao, Miembro**1 INTRODUCCIÓN**

1.1. México apela respecto de determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas por los Grupos Especiales en el asunto *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*.¹ Los Grupos Especiales se establecieron de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) para examinar las alegaciones formuladas por los Estados Unidos² y México³ en relación con la medida adoptada por los Estados Unidos para cumplir las recomendaciones y

¹ WT/DS381/RW/USA; WT/DS381/RW2, 26 de octubre de 2017. Los Grupos Especiales explicaron que habían decidido emitir sus informes en un único documento, con conclusiones separadas para cada uno de los dos procedimientos. Nos referimos a ambos informes colectivamente como los "informes de los Grupos Especiales". (Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.4).

² Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS381/32 (solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos).

³ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS381/38 (solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México).

resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en el procedimiento inicial⁴ y en el primer procedimiento sobre el cumplimiento⁵ en la presente diferencia.⁶

1.2. Esta diferencia se refiere al régimen de etiquetado de los Estados Unidos para los productos de atún *dolphin safe*. En el procedimiento inicial, México planteó alegaciones al amparo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) en las que impugnó la compatibilidad con estos Acuerdos de determinadas medidas impuestas por los Estados Unidos a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún.⁷ Concretamente, México impugnó: i) la Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990, codificada en el *United States Code*, Título 16, artículo 1385⁸ (DPCIA); ii) el *United States Code of Federal Regulations* (CFR), Título 50, artículos 216.91 y 216.92⁹ (reglamento de aplicación inicial); y iii) una decisión judicial de un tribunal de apelación federal de los Estados Unidos en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*¹⁰ (la decisión judicial en el caso *Hogarth*).¹¹ El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación se refirieron a esas medidas, colectivamente, como la "medida en litigio" o las "disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*".¹² En estos procedimientos sobre el cumplimiento nos referimos a ellas como la "medida sobre el atún inicial".

1.3. En la medida sobre el atún inicial se especificaban las condiciones que había que cumplir para que los productos de atún vendidos en los Estados Unidos fueran etiquetados como "*dolphin safe*" o para hacer afirmaciones similares en sus etiquetas.¹³ La medida sobre el atún inicial por tanto prohibía la utilización de la etiqueta "*dolphin safe*" en un producto de atún vendido en el mercado estadounidense a menos que se cumplieran las condiciones especificadas en dicha medida. Al mismo tiempo, esta no hacía obligatoria la utilización de una etiqueta *dolphin safe* para la importación o venta de productos de atún en los Estados Unidos.¹⁴ No obstante, las preferencias de los minoristas y los consumidores hacen que la etiqueta *dolphin safe* tenga "un valor comercial significativo", y el acceso a esa etiqueta constituye una "ventaja" en el mercado estadounidense de productos de atún.¹⁵

⁴ Las recomendaciones y resoluciones del OSD fueron resultado de la adopción por ese Órgano, el 13 de junio de 2012, del informe del Órgano de Apelación (WT/DS381/AB/R) y del informe del Grupo Especial (WT/DS381/R) sobre el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)*.

⁵ Las recomendaciones y resoluciones del OSD fueron resultado de la adopción por ese Órgano, el 3 de diciembre de 2015, del informe del Órgano de Apelación (WT/DS381/AB/RW) y del informe del Grupo Especial (WT/DS381/RW) sobre el asunto *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México).

⁶ En el presente informe nos referimos al Grupo Especial que examinó la reclamación inicial presentada por México como "Grupo Especial inicial", y a su informe como "informe del Grupo Especial inicial". Nos referimos al Grupo Especial que examinó la reclamación presentada por México en el primer procedimiento sobre el cumplimiento como "primer Grupo Especial sobre el cumplimiento", y a su informe como "informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento".

⁷ En el curso del procedimiento inicial, México aclaró que formulaba sus alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC solamente en relación con los productos de atún, y no en relación con el atún. Por ese motivo, el Grupo Especial inicial limitó sus constataciones a este respecto a los productos de atún. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 6.10).

⁸ Prueba documental US-5.

⁹ Prueba documental US-6 y US-58 presentada al Grupo Especial inicial.

¹⁰ *Earth Island Inst. v. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007); (Prueba documental MEX-31 presentada al Grupo Especial inicial); *Earth Island Institute v. Hogarth*, 484 F.3d 1123 (9th Cir. 2007) (Prueba documental MEX-30 presentada al Grupo Especial inicial). Véase *infra*, nota 104.

¹¹ Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.1.

¹² El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación consideraron adecuado tratar estos instrumentos jurídicos como una única medida a efectos de analizar las alegaciones de México y formular constataciones. (Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.26. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 2 y 172, y nota 357 a este último párrafo).

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172. El Grupo Especial inicial constató que la DPCIA define "producto de atún" como alimento "que contiene atún y ha sido elaborado para su venta al por menor, con excepción de los emparedados, ensaladas y demás productos perecederos cuya vida útil es inferior a tres días". (Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.5 y 7.60 (donde se cita la DPCIA (Prueba documental US-5 presentada al Grupo Especial inicial), artículo 1385(c)(5)). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), nota 101 al párrafo 6.1).

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 172 y 196-199.

¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 233 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.289-7.291). Los aspectos fácticos del procedimiento

1.4. México alegó que la medida sobre el atún inicial era incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y con los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁶ El Grupo Especial inicial constató que: i) las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "*dolphin safe*" constituían un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC¹⁷; ii) la medida no era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC¹⁸; iii) la medida era incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC¹⁹; y iv) la definición y la certificación de atún *dolphin safe* del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines²⁰ (APICD) eran una norma internacional pertinente en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC²¹, y la medida no era incompatible con esa disposición.²² El Grupo Especial inicial aplicó el principio de economía procesal respecto de las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²³

1.5. En apelación, el Órgano de Apelación revocó la constatación formulada por el Grupo Especial inicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación constató, en cambio, que los Estados Unidos no habían demostrado que el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se derivase exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Por consiguiente, el Órgano de Apelación concluyó que la medida sobre el atún inicial daba a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países, y era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²⁴ Además, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial había incurrido en error al concluir que la medida sobre el atún inicial restringía el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos de los Estados Unidos, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos, y revocó en consecuencia la constatación de incompatibilidad en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²⁵ El Órgano de Apelación también revocó la constatación del Grupo Especial inicial según la cual la definición y la certificación APICD *dolphin safe* constituían una norma internacional pertinente, pero mantuvo la constatación del Grupo Especial según la cual la medida sobre el atún inicial no era incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²⁶ Por último, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial inicial había actuado de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al decidir aplicar el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²⁷ En conclusión, el Órgano de Apelación recomendó que el OSD pidiera a los Estados Unidos que pusieran su medida en conformidad con sus obligaciones en virtud del Acuerdo OTC.²⁸

1.6. El 13 de junio de 2012, el OSD adoptó los informes del Grupo Especial inicial y del Órgano de Apelación.²⁹ El 17 de septiembre de 2012, México y los Estados Unidos informaron al OSD de que habían acordado un plazo prudencial -13 meses contados a partir del 13 de junio de 2012- para

inicial se exponen más detalladamente en los párrafos 2.1 a 2.41 del informe del Grupo Especial inicial, y en los párrafos 172 a 177 del informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial.

¹⁶ Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 3.1.

¹⁷ Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.62, 7.78 y 7.145. Esta constatación fue confirmada en apelación. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 199).

¹⁸ Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.374 y 8.1 a).

¹⁹ Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.620 y 8.1 b).

²⁰ Prueba documental MEX-11 presentada al Grupo Especial inicial.

²¹ Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.707. (Tanto México como los Estados Unidos son partes en el APICD, un acuerdo entre 14 países que entró en vigor en febrero de 1999. El APICD, administrado por la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), se ocupa de un método concreto de pesca de atún (pesca mediante redes de cerco) en una zona determinada del océano, a saber, el Pacífico Tropical Oriental (PTO). (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México) párrafo 6.4)).

²² Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.740 y 8.1 c).

²³ Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.748 y 8.2.

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 298-299 y 407 b).

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 331 y 407 c).

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 401 y 407 f).

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 405 y 407 g).

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 408.

²⁹ El 2 de agosto de 2012, México y los Estados Unidos informaron al OSD de que era necesario más tiempo a fin de mantener conversaciones para fijar de mutuo acuerdo un plazo prudencial para que los Estados Unidos aplicaran las recomendaciones y resoluciones del OSD. (Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 1.12 (donde se hace referencia a la Comunicación de México y los Estados Unidos relativa al párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS381/16)).

cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. El plazo prudencial expiró el 13 de julio de 2013.³⁰

1.7. El 9 de julio de 2013, los Estados Unidos publicaron modificaciones de los artículos 216.91 y 216.93 del CFR, Título 50³¹ (norma de 2013).³² Según los Estados Unidos, la norma de 2013 constituía la medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.³³

1.8. México consideró que los Estados Unidos no habían puesto su régimen de etiquetado en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD, y que el régimen seguía siendo incompatible con sus obligaciones en virtud de los acuerdos abarcados.³⁴ El 2 de agosto de 2013, México y los Estados Unidos informaron al OSD de su Procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del ESD.³⁵ El 14 de noviembre de 2013, México solicitó el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo 6 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el artículo 14 del Acuerdo OTC y el artículo XXIII del GATT de 1994.³⁶ En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, México indicó que la medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD (medida sobre el atún de 2013) comprendía: i) la DPCIA; ii) el apartado H de la Parte 216 del Título 50 del CFR, modificado por la norma de 2013 (reglamento de aplicación de 2013)³⁷; iii) la decisión judicial en el caso *Hogarth*³⁸; y iv) cualquier orientación de aplicación, directiva o anuncio de política o cualquier otro documento emitido en relación con los instrumentos mencionados en los incisos i) a iii), incluidas cualesquiera modificaciones o enmiendas relativas a esos instrumentos.³⁹ México alegó que la medida sobre el atún de 2013 era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 y el artículo III del GATT de 1994.⁴⁰

1.9. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró que la cuestión que tenía ante sí era si la medida sobre el atún de 2013 ponía a los Estados Unidos en conformidad con los acuerdos abarcados.⁴¹ El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que: i) los criterios de

³⁰ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 1.12 (donde se hace referencia al Acuerdo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD, WT/DS381/17).

³¹ Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC), Administración Nacional del Océano y la Atmósfera (NOAA), Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún, *United States Federal Register*, volumen 78, Nº 131 (9 de julio de 2013), páginas 40997-41004 (Prueba documental MEX-7 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento). El artículo 216.92 del reglamento de aplicación inicial, la DPCIA y la decisión judicial en el caso *Hogarth* no fueron modificados. (Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 3.32 y 3.39).

³² Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 1.13 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 10). Observamos que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento se refirió a esas modificaciones como la "norma definitiva de 2013", mientras que los Grupos Especiales se refirieron a ellas como la "norma de 2013". (Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 1.13 y 2.1; e informes de los Grupos Especiales, párrafo 2.1). A los efectos del presente informe, nos referimos a ellas como la "norma de 2013".

³³ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 1.13.

³⁴ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 1.14.

³⁵ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 1.15 (donde se hace referencia a WT/DS381/19). Las partes acordaron que, en caso de que el OSD resolviera, como consecuencia de un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que una medida destinada al cumplimiento no existía o era incompatible con un acuerdo abarcado de la OMC, México podría solicitar autorización para suspender la aplicación a los Estados Unidos de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados de conformidad con el artículo 22 del ESD, y que los Estados Unidos no alegarían que México estaba imposibilitado de obtener esa autorización por haber formulado su solicitud fuera del plazo de 30 días especificado en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. (WT/DS381/19, párrafo 5).

³⁶ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 1.1 (donde se hace referencia a WT/DS381/20). Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 1.8.

³⁷ USDOC, Servicio Nacional de Pesca Marítima (NMFS)/NOAA, Etiquetado *dolphin safe* del atún, reglamento de aplicación de 2013, artículos 216.90-216.95. (Prueba documental US-2 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento).

³⁸ Véanse el párrafo 5.10 *infra* y la nota 104 a dicho párrafo.

³⁹ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 2.1.

⁴⁰ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 2.2. México también alegó que la medida sobre el atún de 2013 anulaba o menoscababa las ventajas resultantes para México del GATT de 1994 en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII de dicho Acuerdo.

⁴¹ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.24. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento coincidió con ambas partes en que la medida sobre el atún de 2013 era un "reglamento

admisibilidad eran compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC⁴², pero incompatibles con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994⁴³; ii) las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994⁴⁴; iii) los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidos en la medida sobre el atún de 2013 estaban justificados provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994⁴⁵; y iv) los criterios de admisibilidad cumplían los requisitos de la parte introductoria del artículo XX, mientras que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación constituían una discriminación arbitraria e injustificable, y en consecuencia no cumplían los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.⁴⁶

1.10. En apelación, el Órgano de Apelación revocó las constataciones formuladas por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.⁴⁷ En particular, el Órgano de Apelación consideró que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento había llevado a cabo análisis aislados, y había llegado a constataciones separadas, respecto de cada uno de los tres componentes de la medida sobre el atún de 2013, sin tener en cuenta la manera en que estaban interrelacionados esos elementos.⁴⁸ El Órgano de Apelación también constató que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento había incurrido en error al no considerar si las diferencias en las condiciones de etiquetado pertinentes previstas en la medida se adaptaban a las diferencias en los riesgos relativos de daño para los delfines derivados de los distintos métodos de pesca en las distintas zonas del océano, o se explicaban por dichas diferencias.⁴⁹

1.11. Tras haber revocado las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación completó el análisis y constató que: i) la medida sobre el atún de 2013 modificaba las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense; ii) ese efecto perjudicial no se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima; y, por consiguiente, iii) la medida sobre el atún de 2013 daba un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos y otros países.⁵⁰ En consecuencia, el Órgano de Apelación constató que la medida sobre el atún de 2013 era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación constató asimismo que la medida sobre el atún de 2013 era incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y que los Estados Unidos no habían demostrado que se aplicara en forma que no constituyera una discriminación arbitraria o injustificable, como exige la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.⁵¹ En consecuencia, el Órgano de Apelación recomendó que el OSD pidiera a los Estados

técnico" a los efectos del Acuerdo OTC, y en que los productos de atún pertinentes eran "similares". (*Ibid.*, párrafo 7.71). Dicho Grupo Especial discrepó de los Estados Unidos en que la [norma de 2013] fuera "separable del resto de la medida sobre el atún". El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento expresó en cambio la opinión de que la norma definitiva de 2013 era "parte integrante de la medida sobre el atún de 2013" y "el hecho de que agreg[aran] nuevas prescripciones en lugar de modificar las preexistentes ... no t[enía] el efecto de hacer que el resto de la medida sobre el atún, que fue el objeto de las resoluciones y recomendaciones del OSD, quede fuera de [la] competencia [del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento]". (*Ibid.*, párrafo 7.41 (no se reproduce la nota de pie de página)).

⁴² Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.135 y 8.2.a.

⁴³ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.451, 7.499 y 8.3.a.

⁴⁴ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.233, 7.263, 7.400, 7.456, 7.465, 7.501, 7.503, 8.2.b-c y 8.3.b-c.

⁴⁵ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.541 y 8.4.

⁴⁶ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.585, 7.605, 7.611 y 8.5.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.230, 7.282, 7.335 y 8.1.

⁴⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.14-7.21, 7.169, 7.229 y 7.335.

⁴⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.169, 7.229 y 7.334.

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.238, 7.266, 7.340, 7.360 y 8.1.

⁵¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.2 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 8.1).

Unidos que pusieran su medida en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo OTC y el GATT de 1994.⁵²

1.12. El OSD adoptó el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento y el informe del Órgano de Apelación el 3 de diciembre de 2015.⁵³ El 22 de marzo de 2016, los Estados Unidos publicaron una nueva norma por la que se modificaba la medida sobre el atún de 2013⁵⁴ (norma de 2016) con objeto de poner la medida sobre el atún de 2013 en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁵⁵ Tras la publicación de la norma de 2016, los Estados Unidos y México solicitaron cada uno de ellos el establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁵⁶ El 29 de julio de 2016, los Grupos Especiales encargados del procedimiento iniciado por los Estados Unidos y del procedimiento iniciado por México adoptaron un calendario armonizado para estos procedimientos sobre el cumplimiento y después celebraron una reunión sustantiva conjunta con las partes los días 24 y 25 de enero de 2017.⁵⁷

1.13. En estos procedimientos sobre el cumplimiento, los Estados Unidos solicitaron a los Grupos Especiales que constataran que los Estados Unidos se habían puesto en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD y que la medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD era compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y estaba justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.⁵⁸ México solicitó a los Grupos Especiales que rechazaran las alegaciones de los Estados Unidos en su totalidad y que constataran que la medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y no podía justificarse al amparo del artículo XX del GATT de 1994.⁵⁹

1.14. Durante los procedimientos de los Grupos Especiales, los Estados Unidos y determinados terceros⁶⁰ solicitaron a los Grupos Especiales que levantaran la confidencialidad de sus declaraciones en la reunión sustantiva conjunta de los Grupos Especiales con las partes y en la sesión destinada a los terceros.⁶¹ México se opuso a la solicitud, aduciendo que los Grupos Especiales solo podían abrir su reunión sustantiva con las partes al visionado público con el consentimiento de ambas partes.⁶² Los Grupos Especiales, tras consultar con las partes, adoptaron el Procedimiento de trabajo adicional

⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 8.2.

⁵³ El 10 de marzo de 2016, México solicitó la autorización del OSD para suspender concesiones a los Estados Unidos por la cuantía de 472,3 millones de dólares EE.UU. anuales (WT/DS381/29). El 25 de abril de 2017, cuando los Grupos Especiales aún no habían concluido los procedimientos sobre el cumplimiento, el Árbitro distribuyó su decisión a los Miembros de la OMC. El Árbitro determinó que el nivel de anulación o menoscabo de ventajas sufrido por México como consecuencia de la medida sobre el atún de 2013 era de 163,23 millones de dólares EE.UU. anualmente. El Árbitro concluyó que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, México podía solicitar al OSD autorización para suspender concesiones u otras obligaciones a un nivel que no superara los 163,23 millones de dólares EE.UU. anuales (Decisión del Árbitro, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafo 7.1). El 11 de mayo de 2017, México solicitó la autorización del OSD para suspender la aplicación a los Estados Unidos de determinadas concesiones arancelarias y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994 por una cuantía de 163,23 millones de dólares EE.UU. (WT/DS381/44). En su reunión de 22 de mayo de 2017, el OSD autorizó a México a suspender la aplicación a los Estados Unidos de concesiones u otras obligaciones. (WT/DSB/M/397).

⁵⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 2.3. Véase también, prescripciones documentales y prescripciones en materia de formación de capitanes reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún, *United States Federal Register*, volumen 81, Nº 56 (23 de marzo de 2016) (Prueba documental MEX-47 presentada a los Grupos Especiales).

⁵⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.3.

⁵⁶ WT/DS381/32; WT/DS381/38. México, además de presentar su solicitud de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, también lo hizo al amparo del artículo 6 del ESD, el artículo 14 del Acuerdo OTC y el artículo XXIII del GATT de 1994 (Véase WT/DS381/38. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, párrafo 1.7).

⁵⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 1.11-1.13.

⁵⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 3.1.

⁵⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 3.2.

⁶⁰ Australia, el Canadá, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia y la Unión Europea apoyaron la solicitud de los Estados Unidos, mientras que el Brasil, China, Corea, el Ecuador, Guatemala y la India se opusieron a ella. (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.14-7.15).

⁶¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 1.14.

⁶² Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.10-7.13.

relativo a la celebración de reuniones parcialmente abiertas.⁶³ De conformidad con su Procedimiento de trabajo adicional, los Grupos Especiales permitieron la observación parcial por el público de la reunión sustantiva conjunta de los Grupos Especiales con las partes y la sesión destinada a los terceros mediante visionado en diferido, a fin de velar por que se respetara la confidencialidad de las declaraciones de México y de los terceros no divulgadores.⁶⁴

1.15. Los informes de los Grupos Especiales se distribuyeron a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) el 26 de octubre de 2017. Los Grupos Especiales indicaron que la medida en litigio en estos procedimientos sobre el cumplimiento (medida sobre el atún de 2016) comprendía los siguientes instrumentos: i) la DPCIA; ii) el apartado H de la Parte 216 del Título 50 del CFR, modificado por la norma de 2013 y la norma de 2016 (en su conjunto, el reglamento de aplicación de 2016); y iii) la decisión judicial en el caso *Hogarth*.⁶⁵ Los Grupos Especiales señalaron que las partes estaban de acuerdo en que: i) la medida sobre el atún de 2016 era un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC; ii) los productos de atún mexicanos eran "similares" a los productos de atún producidos por los Estados Unidos y otros países; iii) la medida sobre el atún de 2016 modificaba las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense a los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC; iv) la medida sobre el atún de 2016 era incompatible tanto con el párrafo 1 del artículo I como con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994; y v) la medida sobre el atún de 2016 estaba provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994.⁶⁶

1.16. Los Grupos Especiales consideraron que la discrepancia entre las partes se centraba en la cuestión de si el efecto perjudicial daba un "trato no menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque ese efecto perjudicial se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.⁶⁷ Los Grupos Especiales constataron que, para abordar esta cuestión, el criterio jurídico aplicable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC los obligaba a evaluar si las distinciones reglamentarias pertinentes de la medida en litigio se adaptaban en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁶⁸ Sobre la base de sus constataciones con respecto a los riesgos para los delfines⁶⁹, los Grupos Especiales constataron que cada uno de los elementos de la medida sobre el atún de 2016⁷⁰, y la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad, se adaptaban de conformidad con el criterio jurídico aplicable.⁷¹ Basándose en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los Grupos Especiales constataron que la medida sobre el atún de 2016 no se aplicaba en forma que constituyera un medio de discriminación arbitrario o injustificable en el sentido de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.⁷²

⁶³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 1.19. Véase también el anexo A-4 de los informes de los Grupos Especiales (Procedimiento de trabajo adicional de los Grupos Especiales).

⁶⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 1.20 y 7.5-7.34. Además, a solicitud de ambas partes, los Grupos Especiales adoptaron un Procedimiento de trabajo adicional relativo a la información comercial confidencial. (Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafos 1.22-1.23; y el anexo A-3 de los informes de los Grupos Especiales).

⁶⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 2.1 y 7.47. Además de los tres elementos mencionados *supra*, los Grupos Especiales señalaron que México, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial en estos procedimientos sobre el cumplimiento, también hizo referencia a "cualquier orientación de aplicación, directiva o anuncio de política o cualquier otro documento emitido en relación con los instrumentos mencionados en los incisos [i)] a [iii)] *supra*, incluidas cualesquiera modificaciones o enmiendas relativas a esos instrumentos". (*Ibid.*, párrafo 7.43 (donde se cita la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México, página 3)). Tras haber examinado todas las comunicaciones y pruebas de México en estos procedimientos sobre el cumplimiento, los Grupos Especiales observaron que la descripción de México se había referido a este elemento "en abstracto, sin aducir que de hecho exista ese elemento subsumido en la definición de la medida destinada a cumplir objeto de los presentes procedimientos". (*Ibid.*, párrafo 7.44). Es más, los Grupos Especiales consideraron que "las alegaciones y argumentos que México ha presentado en los presentes procedimientos no conc[ernían] de ningún modo a este supuesto elemento adicional de la medida sobre el atún de 2016". (*Ibid.*).

⁶⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.74-7.75 y 7.729-7.730.

⁶⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.79.

⁶⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.103.

⁶⁹ Informes de los Grupos Especiales, sección 7.7.

⁷⁰ Estos elementos de la medida sobre el atún de 2016 se explican en la sección 5.2 *infra*.

⁷¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.547, 7.611, 7.676 y 7.717.

⁷² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.740.

1.17. Sobre esta base:

- a. por lo que respecta a las alegaciones de los Estados Unidos y México fundadas en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los Grupos Especiales concluyeron que la medida sobre el atún de 2016 no era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC⁷³; y
- b. por lo que respecta a las alegaciones de México fundadas en el GATT de 1994, y a la defensa invocada por los Estados Unidos al amparo del artículo XX del GATT de 1994, los Grupos Especiales concluyeron que la medida sobre el atún de 2016 era incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994⁷⁴, pero que estaba justificada al amparo del apartado g) del artículo XX, y cumplía los requisitos de la parte introductoria del artículo XX.⁷⁵

1.18. Los Grupos Especiales consideraron por tanto que los Estados Unidos habían aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento sobre el cumplimiento en esta diferencia de que pusieran su medida en conformidad con las obligaciones que les correspondían en virtud del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC). Por consiguiente, los Grupos Especiales no consideraron necesario formular ninguna recomendación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.⁷⁶

1.19. El 1º de diciembre de 2017, México notificó al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, su propósito de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en los informes de los Grupos Especiales y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por estos, y presentó un anuncio de apelación y una comunicación del apelante.⁷⁷ El 19 de diciembre de 2017, los Estados Unidos presentaron una comunicación del apelado.⁷⁸ El 4 de enero de 2018, Australia, el Brasil, el Japón y la Unión Europea presentaron sendas comunicaciones en calidad de terceros participantes.⁷⁹ Los días 3 y 4 de enero de 2018, el Canadá, China, el Ecuador, Guatemala, la India, Noruega y Nueva Zelandia notificaron cada uno de ellos su intención de comparecer en la audiencia como terceros participantes.⁸⁰ Posteriormente, Corea también notificó su intención de comparecer en la audiencia como tercero participante.⁸¹

1.20. Mediante una carta de fecha 29 de enero de 2018, el Presidente del Órgano de Apelación notificó al Presidente del OSD que, por las razones mencionadas en ella, el Órgano de Apelación no podría distribuir su informe dentro del plazo de 60 días previsto en el párrafo 5 del artículo 17 del ESD, ni dentro del plazo de 90 días estipulado en esa misma disposición.⁸² Por las razones explicadas en la carta, los trabajos relativos a esta apelación no pudieron progresar hasta mayo de 2018. El 20 de noviembre de 2018, el Presidente del Órgano de Apelación informó al Presidente

⁷³ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 8.2 y 8.6.

⁷⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 8.7.

⁷⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 8.3 y 8.7.

⁷⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 8.4-8.5 y 8.8-8.9.

⁷⁷ De conformidad con las Reglas 20 y 21, respectivamente, de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010 (Procedimientos de trabajo).

⁷⁸ Conforme a la Regla 22 de los Procedimientos de trabajo.

⁷⁹ Conforme al párrafo 1 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo. Según el plan de trabajo elaborado por la Sección que entiende en la presente apelación, las comunicaciones y los resúmenes de los terceros participantes debían presentarse el 3 de enero de 2018. El 20 de diciembre de 2017, atendiendo a una solicitud de que se prorrogara el plazo presentada por el Japón de fecha 19 de diciembre de 2017, la Sección del Órgano de Apelación emitió una resolución de procedimiento por la que se prorrogaba el plazo hasta el 4 de enero de 2018 para todos los terceros participantes. La resolución de procedimiento figura en el anexo D del *addendum* del presente informe (documento WT/DS381/AB/RW/USA/Add.1; WT/DS381/AB/RW2/Add.1).

⁸⁰ Conforme al párrafo 2 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo. El Canadá, Noruega y Nueva Zelandia notificaron cada uno de ellos su intención el 3 de enero de 2018, y los demás terceros participantes lo hicieron el 4 de enero de 2018.

⁸¹ El 27 de julio de 2018, Corea presentó la lista de los integrantes de su delegación para la audiencia a la Secretaría del Órgano de Apelación y a los participantes y terceros participantes en esta diferencia. A efectos de la presente apelación, hemos interpretado este acto como una notificación de la intención de Tailandia de asistir a la audiencia de conformidad con el párrafo 4 de la Regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

⁸² WT/DS381/46. La carta figura en el anexo E del *addendum* del presente informe (documento WT/DS381/AB/RW/USA/Add.1; WT/DS381/AB/RW2/Add.1).

del OSD de que el informe del Órgano de Apelación en estos procedimientos se distribuiría a los Miembros de la OMC el 14 de diciembre de 2018 a más tardar.

1.21. La audiencia de esta apelación se celebró los días 30 y 31 de julio de 2018. Los participantes y cinco de los terceros participantes (el Brasil, el Canadá, el Japón, Noruega y la Unión Europea) formularon declaraciones orales iniciales. Los participantes y los terceros participantes respondieron a las preguntas formuladas por los Miembros de la Sección del Órgano de Apelación que entiende en la apelación.

2 ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

2.1. Las alegaciones y argumentos de los participantes están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas que han facilitado al Órgano de Apelación.⁸³ El anuncio de apelación y los resúmenes de las alegaciones y argumentos de los participantes, figuran en los anexos A y B del *addendum* del presente informe (documento WT/DS381/AB/RW/USA/Add.1, WT/DS381/AB/RW2/Add.1).

3 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES

3.1. Los argumentos de los terceros participantes que presentaron una comunicación escrita (Australia, el Brasil, el Japón y la Unión Europea) están reflejados en los resúmenes de sus comunicaciones escritas que han facilitado al Órgano de Apelación⁸⁴, y figuran en el anexo C del *addendum* del presente informe (documento WT/DS381/AB/RW/USA/Add.1, WT/DS381/AB/RW2/Add.1).

4 CUESTIONES PLANTEADAS EN ESTA APELACIÓN

4.1. En esta apelación se plantean las siguientes cuestiones:

- a. si los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún de 2016 da a los productos de atún mexicanos un trato no menos favorable que el otorgado a los productos similares originarios de los Estados Unidos y otros países y es, en consecuencia, compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Concretamente, si, al determinar si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún de 2016 se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, los Grupos Especiales incurrieron en error:
 - i. al no incluir los riesgos relacionados con un etiquetado inexacto en su análisis de la adaptación y, de ese modo, no evaluar si las distinciones reglamentarias en virtud de la medida sobre el atún de 2016 están racionalmente relacionadas con sus objetivos;
 - ii. al no evaluar debidamente los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca y zonas del océano a los efectos de su análisis de la adaptación; y
 - iii. al constatar que los distintos componentes de la medida sobre el atún de 2016 (es decir, los criterios de admisibilidad; las prescripciones en materia de certificación; y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación), así como la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad, se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano;
- b. si los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún de 2016 no se aplica en forma que constituya "un medio de discriminación arbitrario o

⁸³ De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y a las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" (documento WT/AB/23, 11 de marzo de 2015).

⁸⁴ De conformidad con la comunicación del Órgano de Apelación relativa a los "Resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" y a las "Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas en los procedimientos de apelación" (documento WT/AB/23, 11 de marzo de 2015).

injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones", y está en consecuencia justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994; y

- c. si los Grupos Especiales incurrieron en error al decidir que tenían la facultad de celebrar una reunión parcialmente abierta de las partes sin el consentimiento de ambas partes.

5 ANTECEDENTES Y MEDIDA EN LITIGIO

5.1. Los presentes procedimientos sobre el cumplimiento representan la tercera vez que se nos somete la diferencia entre México y los Estados Unidos acerca de la compatibilidad con las normas de la OMC del régimen de etiquetado de los Estados Unidos para los productos de atún *dolphin safe*. Según la descripción que hizo el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, la pesca comercial de atún puede tener efectos perjudiciales sobre los mamíferos marinos, entre ellos los delfines, y esos efectos pueden variar en función de factores como el método de pesca utilizado, el tamaño del buque de pesca y la zona del océano en que el buque realiza la pesca de atún.⁸⁵ Como describimos *infra*, los Estados Unidos han adoptado determinadas medidas nacionales, y han participado en determinadas iniciativas multilaterales, destinadas a reducir los efectos perjudiciales sobre los delfines asociados a las operaciones de pesca comercial.

5.1 Participación de los Estados Unidos en iniciativas multilaterales

5.2. Los Estados Unidos y México son parte en el APICD, que entró en vigor en febrero de 1999.⁸⁶ El APICD, administrado por la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT), se ocupa de un método concreto de pesca de atún (pesca mediante redes de cerco) en una zona determinada del océano, a saber, el Pacífico Tropical Oriental (PTO).⁸⁷

5.3. Como indicó el Grupo Especial inicial, hay una asociación habitual entre los atunes y los delfines en el PTO, lo que significa que los bancos de atún tienden a formarse y a nadar por debajo de determinadas especies de delfines.⁸⁸ Determinados buques que operan en esta zona utilizan una técnica de pesca denominada "lances sobre" delfines, que aprovecha esta asociación. Este método de pesca supone la persecución y cercamiento de los delfines con redes de cerco para capturar el atún que nada debajo de ellos.⁸⁹ El PTO es una "región pesquera tradicional" para México, y su flota atunera opera casi exclusivamente en él utilizando el método de efectuar lances sobre delfines.⁹⁰

5.4. Como observó el Grupo Especial inicial, el APICD se negoció en respuesta a las pruebas de que cada año morían muchos delfines en el PTO⁹¹, y se reconoce que ha hecho una importante contribución a la protección de los delfines y a la considerable reducción de la mortalidad observada de delfines en el PTO.⁹² El APICD regula los métodos de pesca de los buques de cerco en el PTO en función del tamaño del buque, prohibiendo que los pequeños buques de cerco efectúen lances sobre delfines y permitiendo que los grandes buques de cerco efectúen lances sobre delfines únicamente dentro de límites de mortalidad de delfines (LMD) especificados, y con sujeción a varias prescripciones.⁹³

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.2.

⁸⁶ Belice, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, El Salvador, los Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, el Perú, la Unión Europea y Venezuela son parte en el APICD. Bolivia y Vanuatu lo aplican de manera provisional. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), nota 106 al párrafo 6.4).

⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.4.

⁸⁸ Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.306; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 355 al párrafo 172.

⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 355 al párrafo 172. Véase también *ibid.*, párrafo 248; y el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.306.

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 234. Véanse también el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.308; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.5.

⁹¹ Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.35.

⁹² Informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.39 y 7.609.

⁹³ Los grandes buques de cerco se definen como los buques con una capacidad de carga de más de 363 toneladas métricas. El APICD no se aplica a otros buques de pesca en el PTO, como palangreros y buques para la pesca con caña y línea. Según los Estados Unidos, eso se debe a que esos buques no pueden efectuar lances

5.5. El APICD establece un programa *dolphin safe* para el PTO que es independiente del programa nacional de los Estados Unidos.⁹⁴ En el marco del APICD, "atún *dolphin safe*" es una expresión utilizada para describir el "atún capturado en lances en los que no hay delfines muertos ni gravemente heridos".⁹⁵

5.2 Régimen nacional de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos: la medida en litigio y su evolución en el curso de la diferencia *Atún II*

5.6. Según se indica en el párrafo 1.15 *supra*, los Grupos Especiales explicaron que la medida sobre el atún de 2016 (la medida en litigio en estos procedimientos sobre el cumplimiento) comprende los tres elementos siguientes, "en los cuales coinciden ambas partes, y a los que se refieren las alegaciones y los argumentos de ambas partes"⁹⁶:

- a. la DPCIA;
- b. el apartado H de la Parte 216 del Título 50 del CFR (Etiquetado *dolphin safe* del Atún), modificado por las Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún, 78 *Fed. Reg.*, 40997 (9 de julio de 2013) (norma de 2013) y las Prescripciones documentales y prescripciones en materia de formación de capitanes reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún, 81 *Fed. Reg.*, 15444 (23 de marzo de 2016) (norma de 2016) (en su conjunto, el reglamento de aplicación de 2016); y
- c. la decisión judicial en el caso *Hogarth*.⁹⁷

5.7. En apelación, México no impugna la descripción de la medida sobre el atún de 2016 que hicieron los Grupos Especiales. En consecuencia, a los efectos de los presentes procedimientos de apelación, entendemos también que la medida sobre el atún de 2016 comprende los instrumentos mencionados *supra*.

5.8. Los Grupos Especiales constataron que, al igual que la medida sobre el atún inicial y la medida sobre el atún de 2013, la medida sobre el atún de 2016 persigue dos objetivos: i) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines; y ii) contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines.⁹⁸ Análogamente, la medida sobre el atún de 2016, como sus predecesoras, establece que el empleo de la expresión "*dolphin safe*", o de cualquier otra expresión con que se afirme o dé a entender que el atún incluido en un producto de atún se capturó utilizando un método de pesca que no es perjudicial para los delfines, está prohibido si el atún incluido en el producto no fue capturado y transformado de conformidad con las condiciones aplicables en materia de etiquetado.⁹⁹ Así pues, como sus predecesoras, la medida sobre el atún de 2016 prohíbe el empleo de la etiqueta

sobre delfines. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - *México*), párrafo 6.6 y nota 116 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, nota 61 al párrafo 65; al APICD, anexos I, IV(I)(3)(c) y VII(6) (Prueba documental MEX-11 presentada al Grupo Especial inicial; y al APICD, en su forma enmendada en octubre de 2009, artículo I.8 y anexo II, párrafos 1-3 (Prueba documental MEX-30 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento))).

⁹⁴ Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.34.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.40 (donde se cita el APICD, Resolución para adoptar el Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún modificado (20 de junio de 2001) (Prueba documental MEX-55 presentada al Grupo Especial inicial)). (las cursivas figuran en el original)

⁹⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.47 y *supra*, nota 65.

⁹⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 2.1.

⁹⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.49, 7.186 y 7.705. Véanse también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 302; y el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.401 y 7.425.

⁹⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 2.4 (donde se hace referencia a la DPCIA (Pruebas documentales MEX-1 y USA-1 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 1385(d); y al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)). Véase también *ibid.*, párrafo 7.49.

dolphin safe en los productos de atún vendidos en el mercado estadounidense a no ser que se cumplan las condiciones especificadas en la medida.

5.9. En términos generales, la medida sobre el atún de 2016 establece tres tipos de condiciones para la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún exportados de los Estados Unidos u ofrecidos en venta en su territorio: i) condiciones relativas a la exclusión automática de determinados productos de atún (criterios de admisibilidad); ii) condiciones relativas a las certificaciones (prescripciones en materia de certificación); y iii) condiciones relativas al mantenimiento de registros y la separación de atún *dolphin safe* y atún *no dolphin safe* (prescripciones en materia de seguimiento y verificación).¹⁰⁰ Además, las prescripciones en materia de certificación y en materia de seguimiento y verificación, aplicables a pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, pueden ser más estrictas en determinadas circunstancias, debido a un elemento de la medida sobre el atún de 2016 denominado las "disposiciones relativas a las determinaciones".¹⁰¹

5.10. Por lo que respecta a los criterios de admisibilidad, la DPCIA excluye de llevar la etiqueta "*dolphin safe*" a los productos de atún "exportado[s] de los Estados Unidos u ofrecido[s] en venta en su territorio" que contengan bien: i) atún capturado en alta mar por un buque dedicado a la pesca con redes de deriva; o bien ii) atún capturado por buques que utilicen redes de cerco para cercar delfines o "efectuar lances" sobre ellos en cualquier parte del mundo.¹⁰² La exclusión en la DPCIA de productos de atún que contenga atún capturado efectuando lances sobre delfines quedó suspendida brevemente, en 2002 y 2003, a raíz de una medida administrativa adoptada por el Secretario de Comercio de los Estados Unidos.¹⁰³ Sin embargo, la decisión judicial en el caso *Hogarth* derogó esa medida y restableció esta condición de acceso al régimen estadounidense de etiquetado *dolphin safe*.¹⁰⁴

5.11. La medida sobre el atún de 2016 no introduce ningún cambio en los criterios de admisibilidad establecidos en la DPCIA y la decisión judicial en el caso *Hogarth*. Así pues, con arreglo a la medida sobre el atún de 2016, los siguientes productos de atún quedan automáticamente excluidos de la etiqueta *dolphin safe*: i) atún capturado utilizando redes de deriva a gran escala en alta mar; y ii) productos de atún que contengan atún capturado efectuando lances sobre delfines en cualquier lugar

¹⁰⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.70; e informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 3.33.

¹⁰¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.67-7.69 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(v)). Como se explica con mayor detalle en el párrafo 5.15 *infra*, en la medida sobre el atún de 2013 figuraban también determinadas disposiciones relativas a las determinaciones, algunos de cuyos elementos fueron modificados con arreglo a la medida sobre el atún de 2016.

¹⁰² DPCIA (Prueba documental US-5 presentada al Grupo Especial inicial), artículo 1385(b)-(d).

¹⁰³ En 1997, el Congreso de los Estados Unidos adoptó la Ley del Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (LPICD), que trataba de modificar la DPCIA y cambiar el criterio de acceso a la etiqueta estadounidense *dolphin safe*, de "no se cercaron delfines" (es decir, que no se efectuó ningún lance sobre delfines) a "no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín", similar al criterio previsto en el APICD descrito en el párrafo 5.5 *supra*. Sin embargo, el Congreso de los Estados Unidos supeditó esta modificación de la DPCIA al resultado de estudios científicos sobre los efectos de los lances sobre delfines, que llevarían a cabo organismos estadounidenses en cooperación con la CIAT. El 31 de diciembre de 2002, el Secretario de Comercio de los Estados Unidos determinó que no había pruebas suficientes para concluir que el cercamiento deliberado de delfines con redes de cerco tuviera un efecto perjudicial importante en cualquier "población de delfines sujeta a agotamiento en el PTO". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.9 y nota 127 a dicho párrafo).

¹⁰⁴ El Earth Island Institute y varias otras organizaciones impugnaron la determinación del Secretario de Comercio de los Estados Unidos en el Tribunal de Distrito del Distrito Septentrional de California. El Tribunal resolvió, en el caso *Earth Island Institute v. Evans*, que la constatación del Secretario era "arbitraria, injustificada, un abuso de facultades discrecionales o de algún otro modo no conforme a la ley". El Tribunal aclaró también que por "*dolphin safe*" se seguiría entendiendo que: i) en la expedición en que se capturó el atún no se capturó atún utilizando redes de cerco desplegadas sobre delfines o utilizadas para cercarlos deliberadamente; y ii) en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.9 y nota 128 a dicho párrafo, donde se hace referencia al caso *Earth Island Institute v. Evans*, 34 ELR 20069 (N.D. Cal. 2004) (Prueba documental MEX-29 presentada al Grupo Especial inicial), páginas 23-24)). El 13 de julio de 2007, la decisión judicial en el caso *Earth Island Institute v. Evans* fue confirmada en apelación en Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth*, 484 F.3d 1123 (9th Cir. 2007) y Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007) (Prueba documental MEX-3 presentada a los Grupos Especiales) (decisión judicial en el caso *Hogarth*).

del mundo.¹⁰⁵ El resto de los productos de atún pueden llevar la etiqueta *dolphin safe únicamente si* no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en los empleos de artes en que se capturó el atún. A tal fin, esos productos de atún deben satisfacer las prescripciones en materia de certificación y en materia de seguimiento y verificación de la medida sobre el atún de 2016.¹⁰⁶

5.12. Aparte de la pesca con redes de deriva a gran escala en alta mar¹⁰⁷, las prescripciones en materia de certificación de la medida sobre el atún de 2016 establecen una distinción entre la pesquería¹⁰⁸ de grandes buques de cerco¹⁰⁹ del PTO, por una parte, y todas las demás pesquerías, por otra.¹¹⁰ En el caso del atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún de 2016, como la medida sobre el atún de 2013, exige que el capitán del buque y un observador aprobado por el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines¹¹¹ (PICD) expidan una certificación que indique que: i) ningún atún fue capturado en una expedición utilizando una red de cerco deliberadamente desplegada sobre delfines o empleada para cercarlos (es decir, efectuar lances sobre ellos); y ii) no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín durante los lances en los que se capturó el atún.¹¹²

5.13. En cuanto a todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, en el caso de las expediciones de pesca que comenzaron el 21 de mayo de 2016 o después de esa fecha, los capitanes de todos los buques deben certificar que: i) no se desplegaron redes de cerco u otras artes de pesca sobre delfines ni se utilizaron para cercarlos (es decir, efectuar lances sobre ellos) deliberadamente durante la expedición de pesca en la que se capturó el atún; y ii) no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún.¹¹³ Además, de conformidad con la medida sobre el atún de 2016, los capitanes de

¹⁰⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.50 (donde se hace referencia a la DPCIA (Pruebas documentales MEX-1 y USA-1 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 1385(d); y al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)).

¹⁰⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.50.

¹⁰⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.51 y nota 88 a dicho párrafo (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)).

¹⁰⁸ Como señaló el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, a los efectos de la presente diferencia, el término "pesquería" puede definirse según la zona geográfica en que se realiza la pesca, el buque y el método de pesca empleados y la especie objetivo. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), nota 130 al párrafo 6.10).

¹⁰⁹ Los grandes buques de cerco se definen como los buques con una capacidad de carga de más de 363 toneladas métricas. Véase *supra*, nota 93.

¹¹⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.51 y 7.54 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(1) y (3)). En esto hay una diferencia con la medida sobre el atún de 2013, que distinguía entre tres categorías generales de pesquerías: i)) grandes buques de cerco en el PTO (la pesquería de grandes buques de cerco del PTO); ii)) buques de cerco fuera del PTO (la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO); y iii)) otras pesquerías, que incluyen buques distintos de los de cerco en cualquier zona del océano y pequeños buques de cerco en el PTO. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 6.10-6.11 (donde se hace referencia a la DPCIA (Prueba documental MEX-8 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento), artículo 1385(d)(1)(B)-(D) y artículo 1385(d)(2); y al reglamento de aplicación de 2013 (Prueba documental US-2 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento), artículo 216.91(a)(1)-(2) y (4))).

¹¹¹ Los Estados Unidos explicaron en el primer procedimiento sobre el cumplimiento que el PICD fue establecido en virtud del APICD. Según los Estados Unidos, uno de los instrumentos de observancia del PICD es el programa de observadores a bordo, descrito en el anexo II del APICD. De conformidad con el anexo II, debe haber un observador a bordo de los grandes buques de cerco en el PTO durante cada expedición de pesca. El observador debe: i) haber completado la capacitación específica exigida por las directrices establecidas en el marco del APICD; ii) ser nacional de una de las partes en la CIAT; y iii) estar incluido en la lista de observadores que mantiene la CIAT o, si es parte de un programa nacional de observadores en la lista que la parte correspondiente mantiene. (Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, párrafos 65-66; APICD, en su forma enmendada en octubre de 2009, artículo I.8 y anexo II, párrafos 1-3 (Prueba documental MEX-30 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento)).

¹¹² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.54 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(1) y (b)(2)(iii)). Véase también el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.92).

¹¹³ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.51 y 7.53 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículos 216.91(a)(3)).

buques en todas las pesquerías *distintas de* la pesquería de grandes buques de cerco del PTO deben certificar que han completado el curso de capacitación sobre la pesca *dolphin safe* del Programa de Seguimiento y Verificación del Atún del Servicio Nacional de Pesca Marítima (NMFS) (curso de capacitación para capitanes).¹¹⁴ Además de la certificación del capitán, en determinadas circunstancias, se exigirán certificaciones de un observador que participe en un programa nacional o internacional aceptado por el Administrador Adjunto¹¹⁵ de conformidad con los dos elementos siguientes de la medida sobre el atún de 2016.

5.14. El primer elemento se refiere a siete pesquerías nacionales estadounidenses con respecto a las cuales el Administrador Adjunto ha determinado que los observadores están cualificados y autorizados para expedir las certificaciones pertinentes.¹¹⁶ En esas pesquerías, las certificaciones de dichos observadores se exigen cuando el observador ya está a bordo del buque de pesca por otros motivos (o sea, por motivos no relacionados con el régimen de etiquetado *dolphin safe*).¹¹⁷

5.15. El segundo elemento se refiere a lo que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento describió como las "disposiciones relativas a las determinaciones" en el marco de la medida sobre el atún de 2013.¹¹⁸ La medida sobre el atún de 2013 preveía que el Administrador Adjunto pudiera determinar: i) dentro de una pesquería de buques de cerco no situada en el PTO, que existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún similar a la que existe entre los delfines y el atún en el PTO; o ii) con respecto a buques que no son de cerco en cualquier zona del océano y en pequeños buques de cerco en el PTO, que hay una mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes.¹¹⁹ En esas situaciones, no solo el capitán del buque, sino también un observador, tenían que certificar que: i) no se desplegaron redes de cerco u otras artes de pesca sobre delfines ni se utilizaron para cercarlos (es decir, efectuar lances sobre ellos) deliberadamente durante la expedición en la que se capturó el atún; y ii) no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún.¹²⁰

¹¹⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.53 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(iii)(B)).

¹¹⁵ Administrador Adjunto de los Estados Unidos para las Pesquerías, NMFS (NOAA), o la persona por él designada. (*United States Code of Federal Regulations*, Título 50, artículo 216.3 (Prueba documental MEX-20 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento)).

¹¹⁶ En el procedimiento del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, los Estados Unidos identificaron las siete pesquerías nacionales en donde se captura habitualmente atún como sigue: i) pesquería de palangre pelágico de Samoa Americana; ii) pesquería de buques de cerco de atún de aleta azul del Atlántico; iii) pesquería de palangre pelágico de especies altamente migratorias del Atlántico; iv) pesquería de palangre pelágico de fondo de California; v) pesquería con redes agalleras de deriva de malla ancha de California; vi) pesquería de palangre de fondo de Hawái; y vii) pesquería de palangre de superficie de Hawái. (Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 128 y nota 244 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la Determinación de programas de observadores aptos y autorizados por el Administrador Adjunto para las Pesquerías, *United States Federal Register*, volumen 79, Nº 134 (14 de julio de 2014) (Prueba documental US-113 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, página 40720). Véase también la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, nota 679 al párrafo 624).

¹¹⁷ Por lo tanto, el atún capturado en una expedición en la que no haya ya un observador a bordo puede aun así llevar la etiqueta *dolphin safe* únicamente con una certificación del capitán. (Véase el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 3.46; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.23 y nota 171 a dicho párrafo. Véase también el párrafo 6.173 y la nota 613 *infra*).

¹¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.11 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.249 y 7.256).

¹¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.11 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.249 y 7.256).

¹²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 6.10-6.11. El Órgano de Apelación confirmó las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento de que las disposiciones relativas a las determinaciones de la medida sobre el atún de 2013 no eran imparciales. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones quería decir que, en algunos casos, se puede tratar a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO de manera diferente y menos rigurosa con arreglo a la medida sobre el atún modificada, incluso cuando las condiciones que existen en esas pesquerías son iguales a las existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, ya sea desde el punto de vista del nivel de mortalidad o heridas graves de delfines, por una parte, o del grado de asociación

5.16. Las disposiciones relativas a las determinaciones han sido modificadas en el marco de la medida sobre el atún de 2016. De conformidad con la medida sobre el atún de 2016, el atún capturado en todas las pesquerías *distintas de* la pesquería de grandes buques de cerco del PTO¹²¹ puede requerir la certificación de un observador, además de la certificación del capitán descrita en el párrafo 5.13 *supra*, cuando el Administrador Adjunto haya determinado que en esa pesquería: i) existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún (similar a la que existe entre los delfines y el atún en el PTO); o ii) está habiendo mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes. En tales situaciones, tanto el capitán como el observador deben certificar que: i) no se desplegaron artes de pesca sobre delfines ni se utilizaron para cercarlos deliberadamente durante la expedición en la que se capturó el atún; y ii) no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún.¹²²

5.17. Como sucedía en la medida sobre el atún de 2013, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida sobre el atún de 2016 se refieren a la separación física del atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe*, desde el momento de la captura y durante toda la cadena de transformación.¹²³ Concretamente, como su predecesora, la medida sobre el atún de 2016 establece las prescripciones documentales para el registro y la verificación de la separación y la correspondiente supervisión reglamentaria. Esas prescripciones distinguen entre: i) la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que debe cumplir el Sistema de Seguimiento y Verificación del APICD¹²⁴; y ii) todas las demás pesquerías, que deben cumplir las prescripciones establecidas en el reglamento de aplicación de 2016, al cual los Estados Unidos denominan "régimen de la NOAA".¹²⁵ Por lo tanto, la pesquería de grandes buques de cerco del PTO está sujeta al régimen del APICD, mientras que todas las demás pesquerías están sujetas al régimen de la NOAA.

5.18. El Sistema de Seguimiento y Verificación del APICD se basa en la utilización de registros de seguimiento de atún (RSA). A cada RSA corresponde un número único. En cada expedición de pesca los grandes buques de cerco del PTO deben mantener dos RSA, uno para registrar el atún capturado en lances *dolphin safe* y otro para registrar el atún capturado en lances no *dolphin safe*.¹²⁶ Al final de cada expedición de pesca, el observador aprobado por el PICD y el capitán del buque de pesca pondrán sus iniciales en ambos RSA para certificar que la información que figura en los registros es exacta.¹²⁷

5.19. En el momento de la descarga, el RSA pertinente debe ser transmitido a la autoridad competente de una parte en el APICD.¹²⁸ Después, el número de RSA pertinente debe acompañar al atún en las ventas de porciones de la captura, y en cada etapa de transformación de esas

entre el atún y los delfines, por otra. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.182, 7.188 y 8.1.a.v; e informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.263).

¹²¹ Recordamos que, con arreglo a la medida sobre el atún de 2013, esas pesquerías se subdividían además en i) la pesquería de buques de cerco no situada en el PTO; y ii) buques distintos de los de cerco en cualquier zona del océano y pequeños buques de cerco en el PTO. (Véanse el párrafo 5.15 *supra*, y la nota 110. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 6.10-6.11).

¹²² Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.51 y 7.68 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(v)).

¹²³ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.55-7.66.

¹²⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.56-7.61. Véase también el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.93(a)-(c)(1).

¹²⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.62 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos a los Grupos Especiales, párrafo 143). Véase también *ibid.*, párrafos 7.63-7.67; y el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(4)-(5) y artículo 216.93(c)(2)-(4)).

¹²⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.57 (donde se hace referencia al Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún, modificado (2015) (Prueba documental USA-90 presentada a los Grupos Especiales), sección 3(2); y al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.19).

¹²⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.57 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.19).

¹²⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.59 (donde se hace referencia al Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún, modificado (2015) (Prueba documental USA-90 presentada a los Grupos Especiales), sección 5(2)-(5)).

porciones.¹²⁹ Un producto de atún exportado como *dolphin safe* con arreglo al APICD debe ir acompañado por un certificado de su condición *dolphin safe* emitido por una autoridad competente, que debe incluir también una referencia al número de RSA pertinente.¹³⁰ El Sistema de Seguimiento y Verificación del APICD también dispone que los programas nacionales establecidos por las partes en el APICD han de incluir auditorías y revisiones *in situ* periódicas de los productos de atún, así como mecanismos de cooperación entre las autoridades nacionales.¹³¹

5.20. Además, todos los productos de atún importados en los Estados Unidos, con independencia del lugar en que se haya capturado el atún y de si se utiliza la etiqueta *dolphin safe*, deben ir acompañados por un formulario 370 de la NOAA, en el que se indique, entre otras cosas, si el atún es *dolphin safe*.¹³² Esto significa que, en el caso del atún importado capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, se exigen tanto los RSA como el formulario 370. En cambio, en el caso del atún importado capturado en todas las demás pesquerías, solo se exige el formulario 370.

5.21. Además, por lo que respecta a todas las demás pesquerías, el régimen de la NOAA exige a las empresas de transformación de atún estadounidenses que presenten informes mensuales al Programa de Seguimiento y Verificación del Atún de los Estados Unidos respecto de todo el atún recibido en sus instalaciones de transformación. Estos informes contienen la misma información que el formulario 370 de la NOAA, y cierta información adicional, como las fechas de descarga y la condición de los productos de atún.¹³³ Por otra parte, con arreglo al régimen de la NOAA, el NMFS tiene facultades para llevar a cabo actividades de verificación, como inspecciones de los buques en los muelles, vigilancia de los formularios 370, vigilancia de los informes de fábricas de conservas, auditorías de las fábricas de conservas estadounidenses y revisiones *in situ* en el mercado minorista.¹³⁴ Otros organismos estadounidenses pueden también llevar a cabo inspecciones a bordo en alta mar y en aguas estadounidenses.¹³⁵

5.22. Asimismo, si bien la medida sobre el atún de 2016 no ha introducido modificaciones en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación aplicables a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, sí ha introducido algunas prescripciones adicionales en el régimen de la NOAA, que rige todas las demás pesquerías. Como observaron los Grupos Especiales, la medida sobre el atún de 2016 establece nuevas prescripciones en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia para los productos de atún producidos con atún capturado en todas las demás pesquerías. Específicamente, las empresas de transformación y los importadores estadounidenses de esos productos de atún deben recabar y conservar, durante dos años, información sobre cada punto de la cadena de custodia del atún o los productos de atún, incluida información sobre todas las instalaciones de almacenamiento, transbordadores, las empresas de transformación y mayoristas o distribuidores. Esta información debe presentarse al NMFS previa petición y debe ser suficiente para que este pueda hacer un rastreo en sentido inverso de todo producto de atún comercializado como *dolphin safe* para verificar que el producto de atún cumple realmente las prescripciones en

¹²⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.59 (donde se hace referencia al Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún, modificado (2015) (Prueba documental USA-90 presentada a los Grupos Especiales), sección 5(7)).

¹³⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.59 (donde se hace referencia al Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún, modificado (2015) (Prueba documental USA-90 presentada a los Grupos Especiales), sección 6(d)).

¹³¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.60 (donde se hace referencia al Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún, modificado (2015) (Prueba documental USA-90 presentada a los Grupos Especiales), sección 7).

¹³² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.63 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.13; a Capturas y otras acciones conexas incidentales en las operaciones de pesca comercial de los atuneros cerqueros en el océano Pacífico Tropical Oriental, *United States Code of Federal Regulations*, Título 50, artículo 216.24 (2016) (Prueba documental USA-3 presentada a los Grupos Especiales) y artículo 216.24(f)(2)(i)-(ii); al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.93(f); y al formulario 370 de la NOAA (Prueba documental USA-4 presentada a los Grupos Especiales)).

¹³³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.64 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.32; y al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.93(d)-(e)).

¹³⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.64 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.93(d)(1)-(3), (f) y (g)(3)).

¹³⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.64.

materia de etiquetado *dolphin safe*. Estas nuevas prescripciones se aplican a todos los productos de atún etiquetados como *dolphin safe* si dichos productos contienen atún capturado en una expedición pesquera que haya comenzado el 21 de mayo de 2016 o después de esa fecha.¹³⁶

5.23. Es importante señalar que el incumplimiento de esas nuevas prescripciones en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia puede dar lugar a la imposición de sanciones de conformidad con la legislación estadounidense. Se pueden aplicar sanciones por ofrecer para la venta o exportación productos de atún falsamente etiquetados *dolphin safe* a cualquier productor, importador, exportador, distribuidor o vendedor que esté sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos¹³⁷, que pueden ser enjuiciados sobre la base de las disposiciones de la DPCIA, de las disposiciones federales por las que se prohíben las falsas declaraciones y el contrabando o las normas federales en materia de etiquetado.¹³⁸

5.24. Además, en las pesquerías con respecto a las cuales el Administrador Adjunto haya formulado una determinación en virtud de las disposiciones relativas a las determinaciones descritas en el párrafo 5.16 *supra*, se aplican las siguientes condiciones. Todo atún o producto de atún importado hecho con atún capturado en una expedición, en esas pesquerías, que comience como mínimo 60 días después de la publicación de un aviso de la determinación en el *Federal Register*, y que se tenga intención de etiquetar como *dolphin safe*, debe ir acompañado por documentación válida firmada por un representante del país del pabellón del buque o del país de transformación (si se transforma en otro país) que certifique lo siguiente: i) que la información sobre la captura registrada en el formulario 370 de la NOAA es correcta; ii) que el atún o los productos de atún cumplen las normas en materia de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos; y iii) que la información relativa a la cadena de custodia es correcta.¹³⁹

5.25. En resumen, observamos que los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación forman todos parte de una única medida, la medida sobre el atún de 2016, y por lo tanto funcionan conjuntamente para alcanzar los mismos objetivos. Así pues, siguiendo las constataciones del Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, en nuestro examen de la evaluación que hicieron los Grupos Especiales de la medida sobre el atún de 2016 "tene[mos] en cuenta el hecho de que sus diversos elementos -los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación- establecen una serie de condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe* que son acumulativas y están sumamente interrelacionadas".¹⁴⁰

¹³⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.65 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(5)).

¹³⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.66 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.93(g)(3); al formulario 370 de la NOAA (Prueba documental USA-4 presentada a los Grupos Especiales); y a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 29 de los Grupos Especiales, párrafos 148-149).

¹³⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.66 (donde se hace referencia al formulario 370 de la NOAA (Prueba documental USA-4 presentada a los Grupos Especiales); a *United States Code*, Título 18, artículo 545 (Prueba documental USA-166 presentada a los Grupos Especiales); a *United States Code*, Título 18, artículo 3571 (Prueba documental USA-167 presentada a los Grupos Especiales); a *United States Code*, Título 16, artículo 3372 (Prueba documental USA-169 presentada a los Grupos Especiales) y artículo 3372(d); a Ajustes de las sanciones monetarias civiles por la inflación, *United States Federal Register*, volumen 81, Nº 109 (7 de junio de 2016) (Prueba documental USA-170 presentada a los Grupos Especiales); a *United States Code*, Título 16, artículo 3373 (Prueba documental USA-171 presentada a los Grupos Especiales) y artículo 3373(d)(3); a *United States Code*, Título 16, artículo 3374 (Prueba documental USA-172 presentada a los Grupos Especiales) y artículo 3374(a)(1); a *United States Code*, Título 18, artículo 1001 (Prueba documental USA-173 presentada a los Grupos Especiales) y artículo 1001(a); y a *United States Code*, Título 16, artículo 1375 (Prueba documental USA-174 presentada a los Grupos Especiales) y artículos 1375(a)(1) y 1375(b)).

¹³⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.69 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(5)(ii)).

¹⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.166.

6 ANÁLISIS REALIZADO POR EL ÓRGANO DE APELACIÓN

6.1 Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.1.1 Introducción

6.1. Como se ha señalado *supra*, en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento los Estados Unidos solicitaron a los Grupos Especiales que constataran que la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. México pidió a los Grupos Especiales que constataran que la medida sobre el atún de 2016 es incompatible con esa misma disposición. Los Grupos Especiales recordaron que una constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 debe basarse en los tres elementos siguientes: i) que la medida en litigio sea un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC; ii) que los productos pertinentes sean productos "similares"; y iii) que la medida en litigio dé un trato menos favorable a los productos importados que al grupo pertinente de productos similares.¹⁴¹ Tras señalar la similitud de las circunstancias fácticas subyacentes a los dos primeros elementos en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, los Grupos Especiales en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento coincidieron con las partes en que la medida sobre el atún de 2016 es un reglamento técnico y en que los productos pertinentes son similares.¹⁴²

6.2. En relación con el tercer elemento, los Grupos Especiales recordaron la constatación del Órgano de Apelación de que la evaluación de la cuestión de si la medida da un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 requiere dos etapas distintas: i) determinar si la medida impugnada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados pertinentes frente a los productos similares de origen nacional y/o a los productos similares originarios de cualquier otro país; y, si el grupo especial formula tal constatación, ii) determinar si el efecto perjudicial para las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja una discriminación contra el grupo de productos importados.¹⁴³ Los Grupos Especiales señalaron que la medida sobre el atún de 2016 mantiene la arquitectura y estructura generales de la medida sobre el atún inicial y la medida sobre el atún de 2013 y que las partes estaban de acuerdo en que la situación fáctica pertinente no ha cambiado con respecto al procedimiento inicial ni el primer procedimiento sobre el cumplimiento.¹⁴⁴ Los Grupos Especiales constataron, por consiguiente, que, al excluir a la mayoría de los productos de atún mexicanos del acceso a la etiqueta *dolphin safe* y, al mismo tiempo, conceder acceso condicional a esa etiqueta a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países, la medida sobre el atún de 2016, al igual que la medida inicial y la medida sobre el atún de 2013, modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.¹⁴⁵

6.3. Los Grupos Especiales observaron, por lo tanto, que la discrepancia entre las partes con respecto a la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se centraba en la cuestión de si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún de 2016 se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Los Grupos Especiales entendieron que su tarea en los presentes procedimientos era determinar "si las distinciones reglamentarias pertinentes se 'adaptan' y 'se adecuan' 'de la manera debida' a los diferentes riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano "y guardan proporción con" ellos.¹⁴⁶

6.4. Los Grupos Especiales procedieron a establecer "los perfiles de riesgo de los métodos de pesca pertinentes en distintas partes del océano, teniendo en cuenta datos sobre los daños observables y no observables".¹⁴⁷ Después, los Grupos Especiales examinaron si la medida sobre el atún de 2016, incluidos sus elementos constitutivos pertinentes, se adapta en función de los diferentes riesgos

¹⁴¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.73 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.25).

¹⁴² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.74.

¹⁴³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.73 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.26).

¹⁴⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.77.

¹⁴⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.78 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.238).

¹⁴⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.103 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.252).

¹⁴⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.149.

para los delfines. A este respecto, los Grupos Especiales examinaron, secuencialmente, los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y las disposiciones relativas a las determinaciones¹⁴⁸, antes de presentar una evaluación global de la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el párrafo 1 del artículo 2.¹⁴⁹

6.5. En apelación, México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que la medida sobre el atún de 2016 no es incompatible con esa disposición. México plantea cuatro motivos de apelación principales. En primer lugar, México sostiene que los Grupos Especiales se apoyaron en un criterio jurídico que no tiene en cuenta si las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 están racionalmente relacionadas con sus objetivos. A este respecto, México aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error en su análisis de la adaptación porque no tomaron en consideración los riesgos de inexactitud del etiquetado en el marco de la medida sobre el atún de 2016.¹⁵⁰ En segundo lugar, México sostiene que los Grupos Especiales incurrieron en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 2 al limitar aspectos de su análisis de la adaptación a una comparación de los perfiles de riesgo de los diferentes métodos de pesca.¹⁵¹ En tercer lugar, México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error en su evaluación de los riesgos para los delfines derivados del empleo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano al: i) no evaluar adecuadamente los perfiles de riesgo de las distintas pesquerías¹⁵²; ii) utilizar los lances sobre delfines en el PTO como punto de referencia¹⁵³; y iii) hacer caso omiso de mediciones pertinentes de los riesgos.¹⁵⁴ En cuarto lugar, México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error en la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC al constatar que los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, así como la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad, se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados del empleo de métodos de pesca diferentes en distintas zonas del océano.¹⁵⁵

6.6. Los Estados Unidos alegan que los Grupos Especiales determinaron correctamente que las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 se adaptan de la manera debida a los diferentes riesgos para los delfines derivados del empleo de métodos de pesca diferentes en distintas zonas de los océanos, sobre la base de la orientación dada por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento. En primer lugar, los Estados Unidos sostienen que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación examinó la interrelación entre los análisis de la conexión racional y de la adaptación, y dejó claro que, en esta diferencia, el concepto de adaptación "refleja el vínculo entre las distinciones de la medida y [los] objetivo[s] de la medida".¹⁵⁶ En segundo lugar, a juicio de los Estados Unidos, los Grupos Especiales actuaron de conformidad con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 2 al examinar las distinciones reglamentarias pertinentes en el marco de la medida sobre el atún de 2016.¹⁵⁷ En tercer lugar, los Estados Unidos consideran también que los Grupos Especiales examinaron debidamente los perfiles de riesgo de los métodos de pesca y las pesquerías.¹⁵⁸ En cuarto lugar, los Estados Unidos sostienen que 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

¹⁴⁸ En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México y los Estados Unidos convinieron en que los Grupos Especiales actuaron adecuadamente al llevar a cabo este análisis secuencial.

¹⁴⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.529.

¹⁵⁰ Anuncio de apelación de México, párrafo 8.a; y comunicación del apelante presentada por México, párrafos 99-142.

¹⁵¹ Anuncio de apelación de México, párrafo 8.b; y comunicación del apelante presentada por México, párrafos 159-172, 181-185 y 230-234.

¹⁵² Anuncio de apelación de México, párrafo 8.c; y comunicación del apelante presentada por México, párrafos 162-171 y 235-240.

¹⁵³ Anuncio de apelación de México, párrafo 8.c; y comunicación del apelante presentada por México, párrafos 175-191.

¹⁵⁴ Anuncio de apelación de México, párrafo 8.c; y comunicación del apelante presentada por México, párrafos 192-225 y 241-246.

¹⁵⁵ Anuncio de apelación de México, párrafo 9; y comunicación del apelante presentada por México, párrafos 226-307.

¹⁵⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 32 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafos 7.92, 7.98 y 7.101. Véase también *ibid.*, párrafos 35-38.

¹⁵⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 116-123.

¹⁵⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 96-203.

verificación "fueron correctas y no fueron erróneas".¹⁵⁹ Los Estados Unidos añaden que, contrariamente a los argumentos de México, la evaluación global que hicieron los Grupos Especiales de la medida sobre el atún de 2016 no se basó solo en sus análisis intermedios, sino también en su examen de la manera en que las diferentes partes de la medida interactúan para responder al riesgo para los delfines derivado del empleo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.¹⁶⁰

6.7. Comenzamos recordando brevemente el criterio jurídico pertinente en el marco del párrafo 1 del artículo 2, antes de evaluar si los Grupos Especiales incurrieron en error al articularlo. Después, pasamos a la aplicación que los Grupos Especiales hicieron de ese criterio en el contexto de la presente diferencia, abordando en primer lugar los dos argumentos generales de México sobre el análisis realizado por los Grupos Especiales en el marco del párrafo 1 del artículo 2, a saber, que los Grupos Especiales: i) no examinaron el vínculo entre las distinciones reglamentarias establecidas por la medida en litigio y los objetivos de esta; y ii) incurrieron en error al limitar aspectos de su análisis de la adaptación a una comparación de los perfiles de riesgo de los diferentes métodos de pesca. A continuación, abordamos los argumentos de México relativos a aspectos específicos de la evaluación que hicieron los Grupos Especiales de los perfiles de riesgo, incluidas las alegaciones de que los Grupos Especiales no evaluaron adecuadamente los riesgos derivados de la pesca de atún en diferentes pesquerías, adoptaron un punto de referencia equivocado e hicieron caso omiso de mediciones pertinentes de los riesgos. Por último, examinamos los argumentos de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al concluir que los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, así como la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad, se adaptan a los perfiles de riesgo pertinentes.

6.1.2 "Trato no menos favorable" a tenor del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.1.2.1 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error en su articulación del criterio jurídico

6.8. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC dispone lo siguiente:

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

6.9. El Órgano de Apelación ha identificado un análisis en dos etapas para examinar si el reglamento técnico en litigio da un trato menos favorable a los productos importados en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC: i) si modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados frente a los productos similares de origen nacional y/o los productos similares originarios de cualquier otro país; y ii) si el efecto perjudicial para las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.¹⁶¹ Cuando se constata que el efecto perjudicial causado por un reglamento técnico se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, "dicho reglamento técnico no concede un trato menos favorable a los productos importados y ..., por lo tanto, es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹⁶²

¹⁵⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 353. Véase también *ibid.*, párrafos 204-353.

¹⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 354.

¹⁶¹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.26 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 180, 182 y 215; *Estados Unidos - EPO*, párrafos 268 y 271; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215).

¹⁶² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.96. Al interpretar el párrafo 1 del artículo 2 en sí mismo, el Órgano de Apelación tuvo en cuenta el contexto proporcionado por la definición de "reglamento técnico" que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, así como por el párrafo 2 del artículo 2 y el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC. (*Ibid.*, párrafo 7.87. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271; *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 171-174; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 212-213).

6.10. Para determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, "un grupo especial debe examinar cuidadosamente si el reglamento técnico en litigio es imparcial en el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación a la luz de las circunstancias concretas del caso".¹⁶³ El Órgano de Apelación ha constatado que puede haber diferentes formas de demostrar que una medida no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, entre las que se incluye, "por ejemplo", mostrar que la medida se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificado.¹⁶⁴ Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación ha puesto de relieve que "un examen de si una medida se diseña o aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable no es el único medio de evaluar si una medida carece de imparcialidad".¹⁶⁵

6.11. El Órgano de Apelación ha declarado que, a la luz de los "importantes paralelismos" entre los análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994¹⁶⁶, la jurisprudencia pertinente en el marco de esta última, particularmente la relativa al concepto de "discriminación arbitraria o injustificable", puede proporcionar una indicación útil de cómo debería interpretarse el concepto en el contexto de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.¹⁶⁷ A este respecto, "[u]no de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable [en el marco de la parte introductoria del artículo XX] es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX".¹⁶⁸ A juicio del Órgano de Apelación, las "mismas consideraciones son válidas en el contexto de la segunda parte del análisis del 'trato no menos favorable' en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹⁶⁹ Por consiguiente, a efectos del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, al examinar si un reglamento técnico constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado, "es probable que esta evaluación implique tomar en consideración el vínculo entre las distinciones reglamentarias establecidas en la medida y los objetivos de política de la medida"¹⁷⁰, aunque "tomar en consideración otros factores ... pued[e] ser también pertinente[]" para el análisis".¹⁷¹

¹⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.31 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 215; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 340; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216.

¹⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.31. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271; y *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México), párrafo 5.94.

¹⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.94. (las cursivas figuran en el original) Véase también *ibid.*, párrafo 7.31.

¹⁶⁶ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310; y *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.89. Recordamos que la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 dispone que los Miembros de la OMC pueden recurrir a medidas que estén comprendidas en una de las categorías discretas de excepciones generales que figuran en el artículo XX del GATT de 1994 "a condición de que no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional". Habida cuenta de que el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC "sirve de contexto pertinente para interpretar el párrafo 1 del artículo 2, y el texto del considerando tiene mucho en común con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994", la jurisprudencia elaborada en el marco de la parte introductoria del artículo XX es pertinente para interpretar el contenido de la segunda parte de la prescripción del "trato no menos favorable" prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.88).

¹⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.91.

¹⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.92 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306; donde a su vez se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 165; y *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 227-228 y 232).

¹⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.92.

¹⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.97.

¹⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.95.

6.12. En el procedimiento inicial, los Estados Unidos trataron de demostrar, introduciendo el concepto de adaptación, que, en el marco de la medida sobre el atún inicial, el efecto perjudicial se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Más concretamente, los Estados Unidos sostuvieron que las distinciones reglamentarias establecidas en la medida sobre el atún inicial "entre los distintos métodos de pesca de atún y las distintas zonas de los océanos podían explicarse o justificarse por diferencias en los riesgos relacionados con tales métodos y zonas de pesca de los océanos".¹⁷² Ello dio lugar a que el Órgano de Apelación examinara la legitimidad de las distinciones reglamentarias de la medida inicial "a través del prisma de [la] 'adaptación'".¹⁷³ El Órgano de Apelación puso de relieve que su utilización de los términos "imparcial" y "se adapta":

[N]o constituía criterios jurídicos distintos, ya que toda la indagación del Órgano de Apelación se centraba en si los Estados Unidos habían demostrado debidamente su argumento de que la *medida sobre el atún inicial era imparcial* y, en consecuencia, no era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2, *porque se "adapta[ba]"* a los riesgos que se derivan para los delfines de los distintos métodos de pesca en las distintas zonas de los océanos.¹⁷⁴

6.13. Por consiguiente, más que ser una prueba jurídica separada, la adaptación es *el medio* para evaluar si el efecto perjudicial de la medida en litigio en la presente diferencia se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, en el contexto de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2. Como explicamos con mayor detalle en la sección 6.1.3 *infra*, si realizara *debidamente*, el análisis de la adaptación debería incluir un examen de la relación racional entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida sobre el atún de 2016. Por consiguiente, si se adaptan debidamente, esas distinciones reglamentarias no constituirán una discriminación arbitraria o injustificada y cumplirán, por lo tanto, las prescripciones del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

6.14. Al articular el criterio jurídico aplicable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento, los Grupos Especiales recordaron las constataciones del Órgano de Apelación expuestas *supra*. Los Grupos Especiales consideraron que, "aunque en teoría puede haber varias maneras" de evaluar si la medida satisface la segunda parte del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2¹⁷⁵, en la presente diferencia era apropiado evaluar si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún de 2016 se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima usando como lente la adaptación.¹⁷⁶

6.15. En apelación, México pone de relieve la declaración del Órgano de Apelación de que la prueba de la relación racional es "[u]no de los factores más importantes" en la evaluación de la discriminación arbitraria e injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.¹⁷⁷ Por consiguiente, México aduce que, habida cuenta de la "relación estrecha" entre el concepto de imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y la parte introductoria del artículo XX, "una evaluación de la cuestión de si el efecto perjudicial puede conciliarse, o tiene una relación racional, con el objetivo de política perseguido por la medida" es "necesaria" en el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2.¹⁷⁸

¹⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.98.

¹⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.98.

¹⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.98. (sin cursivas en el original)

¹⁷⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.102.

¹⁷⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.102. Los Grupos Especiales observaron que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación había recalcado repetidamente que la manera apropiada, en el contexto de la presente diferencia, de que un grupo especial evalúe si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima es evaluar si la medida se "adapta" adecuadamente en función de los riesgos para los delfines. (Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.84 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.155)).

¹⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 325 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.92). (sin cursivas en el original)

¹⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 86.

6.16. Como se ha indicado *supra*, la evaluación de la cuestión de si el efecto perjudicial de una medida constituye una discriminación arbitraria o injustificada en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 implicará probablemente un examen del vínculo entre las distinciones reglamentarias de la medida y sus objetivos. Ello no significa que ese examen constituya necesariamente una parte separada y distinta de un análisis adecuado de la adaptación, como México parece dar a entender. Al mismo tiempo, no entendemos que los argumentos presentados por México en apelación guarden relación principalmente con la articulación del criterio jurídico del párrafo 1 del artículo 2 por los Grupos Especiales. Antes bien, como se expone con mayor detalle en la sección 6.1.3 *infra*, México sostiene que los Grupos Especiales, en su análisis de la adaptación, no incluyeron un examen del vínculo entre las distinciones reglamentarias que dan lugar al efecto perjudicial, por un lado, y los objetivos de la medida sobre el atún de 2016, por otro. Por lo tanto, aunque México indica que sus alegaciones guardan relación, entre otras cosas, con la interpretación que hicieron los Grupos Especiales del párrafo 1 del artículo 2, observamos que sus argumentos se ocupan principalmente de la aplicación que hicieron los Grupos Especiales del criterio jurídico del párrafo 1 del artículo 2 en el contexto de la presente diferencia. Abordamos esos argumentos en la sección 6.1.3 *infra*. Sin embargo, antes de pasar a la cuestión de lo que constituye un análisis de la adaptación adecuado en la presente diferencia, abordamos el argumento de México de que los Grupos Especiales deberían haber tenido en cuenta el objetivo de desarrollo sostenible enunciado en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC al interpretar y aplicar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en la presente diferencia.

6.1.2.2 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al rechazar el argumento de México relativo a la pertinencia de la sostenibilidad de la población de atunes y del ecosistema marino

6.17. Ante los Grupos Especiales, México adujo que, "aunque la referencia al desarrollo sostenible del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC no crea por sí misma obligaciones, el texto de *todas las obligaciones en el marco de la OMC que guarden de alguna manera relación con el objetivo de desarrollo sostenible o la protección del medio ambiente* debe, no obstante, interpretarse y aclararse dentro [del] contexto" ofrecido por el preámbulo.¹⁷⁹ Por lo tanto, México sostuvo que, aunque los Miembros de la OMC tienen libertad para elegir sus objetivos, los Miembros actuarían de manera incompatible con sus obligaciones en el marco de la OMC "si los medios ... para lograr esos fines son incompatibles con los objetivos de desarrollo sostenible".¹⁸⁰ México sostuvo que el principio de desarrollo sostenible ha adquirido la condición de principio de derecho internacional aplicable a todos los países.¹⁸¹

6.18. Los Grupos Especiales rechazaron el argumento de México, y constataron que "parec[ía] elevar ... el texto del preámbulo al nivel de una obligación sustantiva, pese a que México afirm[ara] lo contrario".¹⁸² Además, los Grupos Especiales pusieron de relieve que la medida sobre el atún de 2016 no se ocupa del desarrollo sostenible, sino de la protección y el bienestar de los delfines, y que el Acuerdo sobre la OMC no obliga a ningún Miembro a reglamentar solo para el objetivo del "desarrollo sostenible".¹⁸³

6.19. En apelación, México aduce que, cuando las obligaciones en litigio en una diferencia guardan relación con el desarrollo sostenible, deben interpretarse de manera compatible con el objetivo de desarrollo sostenible. Para México, este precepto surge en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en la determinación de si la medida sobre el atún de 2016 deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.¹⁸⁴ A juicio de México, aplicar un reglamento técnico que sea incompatible con el objetivo de desarrollo sostenible o menoscabe ese objetivo da lugar a una "discriminación injustificada".¹⁸⁵ México pone de relieve que, al alentar el empleo de dispositivos de concentración de peces (DCP) y otras formas de pesca de atún fuera del PTO como alternativas al método de pesca de los lances sobre delfines, la medida sobre el atún de 2016 "causa un daño grave a las pesquerías y al conjunto del ecosistema marino" y "debe por tanto considerarse incompatible con el objetivo de

¹⁷⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.128. (sin cursivas en el original)

¹⁸⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.128.

¹⁸¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.128.

¹⁸² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.130.

¹⁸³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.131.

¹⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 147-148.

¹⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 149.

desarrollo sostenible".¹⁸⁶ México sostiene que la aplicación de la medida sobre el atún de 2016 da lugar a una "discriminación injustificada" y, por lo tanto, que las distinciones reglamentarias establecidas por la medida "no pueden ser 'legítimas'" a efectos de la segunda parte del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2.¹⁸⁷

6.20. Los Estados Unidos responden que México trata de transformar un texto preambular relativo al desarrollo sostenible en una obligación sustantiva.¹⁸⁸ Además, los Estados Unidos aducen que, para formular su argumento, "México se ve obligado a cambiar sustancialmente los objetivos de la medida de 2016" y transformar los objetivos de protección de los delfines e información al consumidor de la medida en prescripciones en materia de etiquetado que guardan relación con "la sostenibilidad de las poblaciones de atún y del ecosistema marino en general".¹⁸⁹

6.21. Observamos que la cuestión planteada por México es doble. En primer lugar, debemos determinar si, de conformidad con la prescripción del "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el medio por el cual un reglamento técnico logre sus objetivos debe ser compatible con el principio de desarrollo sostenible del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC. En segundo lugar, si constatamos la existencia de tal prescripción en el párrafo 1 del artículo 2, debemos determinar si, en las circunstancias de la presente diferencia, la medida sobre el atún de 2016 es incompatible con esa prescripción porque alienta el empleo de DCP y otras formas de pesca que son insostenibles para la población de atunes.

6.22. El Órgano de Apelación ha declarado que, al evaluar si un reglamento técnico otorga un trato menos favorable a los productos importados en el sentido del párrafo 1 del artículo 2, la tarea del grupo especial radica, en parte, en determinar si el efecto perjudicial causado por el reglamento técnico deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.¹⁹⁰ El Órgano de Apelación ha indicado también que el preámbulo del Acuerdo OTC informa "el alcance del requisito de 'trato no menos favorable' del párrafo 1 del artículo 2, al dejar claro que los reglamentos técnicos pueden perseguir los objetivos enumerados en [él]".¹⁹¹

6.23. Consideramos que el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC también puede informar las interpretaciones de los acuerdos abarcados en las circunstancias apropiadas. A este respecto, el Órgano de Apelación ha constatado que el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC "da[] color, consistencia y matiz" a la interpretación de los acuerdos abarcados.¹⁹² Así pues, aunque el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC no crea por sí mismo obligaciones sustantivas, puede ofrecer un contexto importante para la interpretación de los acuerdos abarcados, por ejemplo arrojando luz sobre los tipos de objetivos de política que un Miembro puede perseguir.

6.24. Observamos que la legitimidad de los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 no se ha puesto en cuestión ante nosotros en la presente diferencia. De hecho, en respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México indicó que no impugnaba el derecho de los Estados Unidos u

¹⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 148. Por ejemplo, México aduce que el método de los objetos flotantes/DCP "atrae y da muerte a atún tanto maduro como inmaduro y a una amplia diversidad de otras capturas incidentales, incluidas tortugas marinas, tiburones y otras especies". (Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 25 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 4.10)).

¹⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 149.

¹⁸⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 91.

¹⁸⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 92 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por México, párrafo 148). (no se reproducen las cursivas)

¹⁹⁰ Véase el párrafo 6.9 *supra*.

¹⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 173.

¹⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 153. Recordamos que en *Estados Unidos - Camarones* el Órgano de Apelación se apoyó en el objetivo de desarrollo sostenible del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC para determinar si una medida destinada a proteger las tortugas marinas podía estar comprendida en el ámbito del objetivo de política de conservación de los "recursos naturales agotables" en el sentido del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994. El Órgano de Apelación indicó que la expresión "recursos naturales agotables" que figura en esa disposición se debe leer a la luz del objetivo de desarrollo sostenible que figura en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, e interpretar que hace referencia no solo a la conservación de los recursos naturales minerales u otros recursos inertes agotables, sino también a los recursos naturales vivos, como las tortugas marinas, cuya protección era el objetivo perseguido por la medida en litigio en esa diferencia. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 131).

otros Miembros de la OMC a determinar los objetivos de sus medidas.¹⁹³ México también reconoció que "la referencia al desarrollo sostenible del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC no crea por sí misma obligaciones".¹⁹⁴ Al mismo tiempo, México mantiene que "[c]uando ... obligaciones [en litigio en una diferencia] guardan relación con el desarrollo sostenible, deben interpretarse de manera compatible con el objetivo de desarrollo sostenible".¹⁹⁵ A juicio de México, "ese precepto de interpretación surge en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC" cuando se determina si el efecto perjudicial en el marco de la medida sobre el atún deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.¹⁹⁶

6.25. El argumento de México parece, por lo tanto, basarse en su opinión de que el párrafo 1 del artículo 2 es una obligación que "guarda relación con el desarrollo sostenible".¹⁹⁷ Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 2 se ocupa de garantizar que los reglamentos técnicos se diseñen y apliquen de manera que se dé un "trato no menos favorable" a los productos importados similares. A nuestro juicio, México parece confundir la naturaleza *de la obligación* del párrafo 1 del artículo 2 con la naturaleza *de los reglamentos técnicos* que los Miembros pueden elegir adoptar. Por ejemplo, México indica que "no todos los reglamentos técnicos guardarán relación con el desarrollo sostenible, pero, cuando lo hagan, serán incompatibles [con el párrafo 1 del artículo 2] si sus efectos son insostenibles".¹⁹⁸ Así pues, el argumento de México parece dar a entender que la pertinencia del principio de desarrollo sostenible para la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 puede diferir en función de si la medida "guarda relación con" el desarrollo sostenible, o tiene "efectos" en este. No vemos por qué la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 debería variar en función del tipo de reglamento técnico que un Miembro adopte. Mientras que un reglamento técnico de un Miembro puede, según las circunstancias, guardar relación con el desarrollo sostenible, la naturaleza y el alcance de la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 2 permanecen inalterados.

6.26. En cualquier caso, recordamos que los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 son: i) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines; y ii) contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.¹⁹⁹ Como la legitimidad de los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 no está en cuestión en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento, consideramos que la cuestión que se planteó a los Grupos Especiales era si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún de 2016 deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, habida cuenta de los objetivos que los Estados Unidos eligieron perseguir a través de la medida. Sobre la base de las precedentes consideraciones, no necesitamos examinar si, en las circunstancias de la presente diferencia, la medida sobre el atún de 2016 es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 porque alienta el empleo de DCP y otras formas de pesca que son insostenibles para la población de atunes.

6.27. Pasamos ahora a examinar lo que el criterio jurídico del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, articulado *supra*, entraña en el contexto de la presente diferencia, y si los Grupos Especiales incurrieron en error en su articulación y aplicación del mismo.

6.1.3 Lo que el criterio jurídico del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC entraña en la presente diferencia

6.28. Como se ha señalado en el párrafo 6.3 *supra*, los Grupos Especiales consideraron que, dadas las circunstancias concretas de la presente diferencia, su tarea al examinar las respectivas alegaciones de las partes al amparo del párrafo 1 del artículo 2 era determinar "si las distinciones reglamentarias pertinentes se 'adaptan'" y "se 'adecuan'" "de la manera debida" a los diferentes

¹⁹³ Véanse también los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.128 (donde se cita la segunda comunicación escrita de México a los Grupos Especiales, párrafo 32).

¹⁹⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.128 (donde se hace referencia a la respuesta de México a la pregunta 84 del Grupo Especial, párrafo 130).

¹⁹⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 147.

¹⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 148.

¹⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 147. A juicio de México, "el objetivo de todo Miembro de la OMC, expresado en el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, es actuar de manera sostenible", y ese objetivo debe "informar la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC". (*Ibid.*, párrafo 149).

¹⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 149.

¹⁹⁹ Véase el párrafo 5.8 *supra*.

riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano "y guardan proporción con" ellos.²⁰⁰ Después de establecer "los perfiles de riesgo de los métodos de pesca pertinentes en distintas partes del océano, teniendo en cuenta datos sobre los daños observables y no observables"²⁰¹, los Grupos Especiales examinaron los elementos constitutivos pertinentes de la medida sobre el atún de 2016. A continuación, sintetizaron sus análisis intermedios "para llegar a una conclusión global y holística" en relación con la cuestión de si las condiciones en materia de etiquetado establecidas por la medida se adaptan a los perfiles de riesgo pertinentes.²⁰² Sobre esa base, los Grupos Especiales constataron en último término que la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2.²⁰³

6.29. En apelación, México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error en su "interpretación jurídica" de la prueba de la adaptación en el marco del párrafo 1 del artículo 2.²⁰⁴ Recordamos, sin embargo, que la adaptación no es un criterio jurídico separado en el marco del párrafo 1 del artículo 2, sino, más bien, un instrumento analítico específico para cada caso utilizado para evaluar si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con esa disposición. Como se ha explicado *supra*, entendemos que los argumentos de México se ocupan de la cuestión de si, al aplicar el análisis de la adaptación, los Grupos Especiales evaluaron debidamente el vínculo entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida.²⁰⁵

6.30. México aduce a este respecto que, en su evaluación de la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el párrafo 1 del artículo 2, los Grupos Especiales incurrieron en error al determinar que la medida se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos, sin considerar al mismo tiempo si las distinciones reglamentarias que establece la medida están racionalmente relacionadas con sus objetivos. En particular, México sostiene que los Grupos Especiales no tomaron en consideración riesgos relacionados con la inexactitud en el etiquetado al examinar los perfiles de riesgo de los métodos de pesca y zonas del océano pertinentes a efectos del análisis de la adaptación. A juicio de México, como la medida sobre el atún de 2016 no puede lograr sus objetivos sin exactitud en el etiquetado, un análisis de la adaptación adecuado debería haber incluido la consideración de tales riesgos de inexactitud en el etiquetado.²⁰⁶

6.31. México alega también varios errores en el "establecimiento y evaluación de los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano" realizados por los Grupos Especiales, los cuales, a juicio de México, "tuvieron como resultado deficiencias que dieron lugar a que los Grupos Especiales incurrieran en error al llevar a cabo su evaluación de la cuestión de si las distinciones reglamentarias pertinentes [en el marco de la medida sobre el atún de 2016] se adaptan".²⁰⁷ En concreto, México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error al evaluar y comparar los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca sin diferenciar entre las distintas zonas del océano.²⁰⁸ México sostiene que, en consecuencia, el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales es deficiente porque no examina si las distinciones reglamentarias pertinentes en el marco de la medida se adaptan sobre la base de cada pesquería.²⁰⁹

6.32. Abordar los argumentos de México nos exige establecer lo que un análisis de la adaptación adecuado entraña a efectos de la presente diferencia, antes de evaluar si los Grupos Especiales incurrieron en error en su análisis de la adaptación. En concreto, abordamos: i) cómo los objetivos de la medida sobre el atún de 2016, y el riesgo de inexactitud de la etiqueta *dolphin safe*, deberían tenerse en cuenta en un análisis de la adaptación adecuado; y ii) si los Grupos Especiales incurrieron

²⁰⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.103 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.252).

²⁰¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.149 y 7.525.

²⁰² Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.529 y 7.704.

²⁰³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.717.

²⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 78.

²⁰⁵ Véase el párrafo 6.16 *supra*.

²⁰⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 99 y 117-118.

²⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 154.

²⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 159-172, 235-240 y 254-260.

²⁰⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 230, 240, 252-260 y 273-274, y nota 207 al párrafo 166.

en error al limitar aspectos de su análisis de la adaptación a una comparación de los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca.²¹⁰

6.1.3.1 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al no tomar en consideración el vínculo entre las distinciones reglamentarias de la medida y los objetivos de esta

6.33. México plantea tres argumentos interconectados en respaldo de su alegación de que, en su análisis de la adaptación, los Grupos Especiales no evaluaron el vínculo entre las distinciones reglamentarias de la medida y sus objetivos. México aduce lo siguiente: i) que el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales no reconoció la pertinencia de la exactitud de la etiqueta a la luz de los objetivos de la medida sobre el atún de 2016; ii) que los Grupos Especiales no incluyeron los riesgos de inexactitud como parte de los perfiles de riesgo de las distintas zonas del océano a las que la medida sobre el atún de 2016 debe adaptarse; y iii) que, al constatar que la medida sobre el atún de 2016 contempla un margen de error, los Grupos Especiales consideraron erróneamente que la medida tolera la inexactitud en el etiquetado. Examinaremos esos argumentos sucesivamente.

6.1.3.1.1 La cuestión de si el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales tuvo en cuenta la exactitud de la etiqueta *dolphin safe* a la luz de los objetivos de la medida sobre el atún de 2016

6.34. Sobre la base de las constataciones formuladas por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, México sostiene que un análisis de la adaptación adecuado "debe tener en cuenta el vínculo entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida".²¹¹ A juicio de México, "considerar el vínculo entre el efecto perjudicial y los objetivos de la medida como parte de la prueba de la 'adaptación' ayuda a garantizar que se respete el espacio para la reglamentación de un Miembro de la OMC, sin socavar las disciplinas establecidas en el Acuerdo OTC y otros Acuerdos de la OMC".²¹² México aduce que, "como medida de etiquetado para el consumidor", la medida sobre el atún de 2016 "no puede lograr [sus] objetivos sin exactitud en el etiquetado".²¹³ Para México, una alegación de que las distinciones reglamentarias de la medida se "adaptan" a los diferentes riesgos que plantean para los delfines distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano ... no puede justificar el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos si la medida no garantiza que la etiqueta proporcione información exacta a los consumidores".²¹⁴ México alega, por lo tanto, que el análisis de la adaptación de los Grupos Especiales fue "restringido"²¹⁵ e "incompleto"²¹⁶, porque los Grupos Especiales no reconocieron la pertinencia de la exactitud de la etiqueta para el análisis de la adaptación.

²¹⁰ En la sección 6.1.4 abordamos los otros errores específicos alegados por México en relación con la evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales y, en la sección 6.1.5 *infra*, la cuestión de si la medida sobre el atún de 2016 se adapta debidamente.

²¹¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 97 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.155). En su comunicación del apelante, México aduce que "tanto un examen del vínculo entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida como un examen de si la medida se 'adapta' son factores cuya consideración es pertinente en la evaluación de la cuestión de si la medida sobre el atún de 2016 está diseñada y se aplica de manera imparcial". (*Ibid.*, párrafo 98 (sin cursivas en el original)). Esta declaración da a entender que, a juicio de México, el examen de la relación racional puede no estar comprendido en el análisis de la adaptación, por lo que los Grupos Especiales deberían haber determinado por separado si hay, de hecho, una relación racional entre las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 y los objetivos de esta. Sin embargo, México aclaró en la audiencia que, para adaptarse *debidamente*, las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 tendrían que estar racionalmente relacionadas con sus objetivos.

²¹² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 100. México también indicó en la audiencia que, para que una medida se adapte debidamente, no debe estar diseñada o aplicarse en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario e injustificado, y que el factor principal para examinar si la medida constituye tal discriminación es evaluar si el efecto perjudicial puede conciliarse con los objetivos de la medida, o está racionalmente relacionado con estos.

²¹³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 99.

²¹⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 99.

²¹⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 116.

²¹⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 117.

6.35. Los Estados Unidos sostienen que México se equivoca al alegar que los Grupos Especiales incurrieron en error al seguir la orientación impartida por el Órgano de Apelación en el anterior procedimiento sobre el cumplimiento.²¹⁷ Los Estados Unidos aducen que el Órgano de Apelación expuso claramente lo que consideraba que era el análisis de la adaptación adecuado al hacer referencia repetidamente a los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, y al indicar que esos perfiles de riesgo deberían reflejar los riesgos relativos de mortalidad y heridas observadas y no observadas.²¹⁸ A juicio de los Estados Unidos, los Grupos Especiales evaluaron correctamente la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con las normas de la OMC al examinar si sus distinciones se adaptan a diferentes riesgos para los delfines.

6.36. Comenzamos recordando las constataciones pertinentes del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial y el primer procedimiento sobre el cumplimiento relativas al análisis de la adaptación en esta diferencia. Recordamos que los Estados Unidos trataron de demostrar que el efecto perjudicial en el marco de la medida sobre el atún inicial se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima introduciendo el concepto de adaptación.²¹⁹ En consecuencia, el Órgano de Apelación empleó el concepto de adaptación como instrumento analítico para evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún inicial en el marco de la segunda parte del análisis del "trato no menos favorable". Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que los Estados Unidos no habían demostrado que la medida sobre el atún inicial se adaptara a los riesgos para los delfines.²²⁰ Antes bien, el Órgano de Apelación compartió la opinión del Grupo Especial inicial de que, aunque los riesgos para los delfines derivados de la pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines -un método de pesca empleado predominantemente por las flotas mexicanas- se abordaban plenamente en la medida sobre el atún inicial²²¹, no se podía afirmar lo mismo de los riesgos para los delfines derivados del empleo de otros métodos de pesca -empleados predominantemente por las flotas pesqueras de los Estados Unidos y otros países-.²²² En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación aceptó por tanto la premisa de que la medida sobre el atún inicial no infringiría el párrafo 1 del artículo 2 si se adapta adecuadamente a los riesgos para los delfines derivados del empleo de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.²²³

6.37. Refiriéndose al procedimiento inicial, el Órgano de Apelación indicó en el primer procedimiento sobre el cumplimiento que, en consecuencia, era adecuado llevar a cabo un análisis consistente en lo siguiente:

[P]rimero, una identificación de si los distintos métodos de pesca del atún en distintas zonas de los océanos representan riesgos diferentes para los delfines; y, segundo, el examen de si, a la luz de esos riesgos, el trato diferente creado por las distinciones reglamentarias pertinentes demuestra que, siendo grupos diferentes, el trato otorgado a cada grupo es proporcionado a los riesgos correspondientes, teniendo en cuenta los objetivos de la medida.²²⁴

6.38. El Órgano de Apelación observó además que "los razonamientos expuestos en los informes adoptados del Órgano de Apelación y los grupos especiales" ofrecen orientación a los Miembros de la OMC que tratan de poner sus medidas incompatibles en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de los acuerdos abarcados.²²⁵ Habida cuenta de que los Estados Unidos habían defendido su medida sobre el atún de 2013 en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en

²¹⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 47.

²¹⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 48. A juicio de los Estados Unidos, en ningún momento el Órgano de Apelación dio a entender que los perfiles de riesgo reflejaran otra cosa que la mortalidad o las heridas observadas y no observadas causadas a los delfines. (*Ibid.* (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.108)).

²¹⁹ Véase el párrafo 6.12 *supra*.

²²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

²²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 287 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.505).

²²² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.534 y nota 767 a dicho párrafo).

²²³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.154-7.155 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297).

²²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.155.

²²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.156.

términos muy similares a los empleados en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación consideró que la indagación del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en dicho procedimiento debería haber abarcado: i) una evaluación de los "riesgos ... o los niveles" de daño globales relativos "para los delfines" derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano²²⁶; y ii) una evaluación de si las diferencias en las condiciones en materia de etiquetado *dolphin safe* establecidas por la medida se adecuan²²⁷ de la manera debida a, o guardan proporción con²²⁸, esos respectivos riesgos.²²⁹

6.39. Así pues, con arreglo al análisis de la adaptación expuesto por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial y el primer procedimiento sobre el cumplimiento, los riesgos a los que deben adaptarse las distinciones reglamentarias son los riesgos para los delfines derivados del empleo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. A nuestro juicio, por lo tanto, los Grupos Especiales consideraron correctamente que "la indagación pertinente es una que se centre en los riesgos que afrontan los delfines como consecuencia del uso, en distintas zonas del océano, de distintos métodos de pesca".²³⁰

6.40. Además, como el Órgano de Apelación constató en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el análisis de la cuestión de si las distinciones reglamentarias son proporcionadas a los diferentes riesgos para los delfines debe llevarse a cabo "teniendo en cuenta los objetivos de la medida".²³¹ De hecho, algunos aspectos del razonamiento del Órgano de Apelación sobre por qué el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento incurrió en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 2 aclaran la manera en que las consideraciones relativas a los objetivos de la medida sobre el atún de 2013, y la cuestión conexa de la exactitud de la etiqueta, forman parte del análisis de la adaptación. En concreto, el Órgano de Apelación observó que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento había desestimado el argumento de los Estados Unidos de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se justifican o explican a la luz del mayor grado de riesgo para los delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.²³² Según el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, los diferentes perfiles de riesgo en las distintas pesquerías no explican las distinciones reglamentarias en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, porque esas distinciones se activan *después* de que el atún haya sido capturado.²³³ Sin embargo, el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con la opinión del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento de que las consideraciones relacionadas con las semejanzas y diferencias en los riesgos para los delfines no fueran pertinentes para evaluar la imparcialidad de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación. Para el Órgano de Apelación, el hecho de que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no tuviera en cuenta las "consideraciones relacionadas con las semejanzas y diferencias en los riesgos [para los delfines]" no concordaba con su propio razonamiento de que "la exactitud de la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos puede verse

²²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.252 y 7.353.

²²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.163 y 7.252-7.253.

²²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.155, 7.160 y 7.252-7.253.

²²⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.252.

²³⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.109.

²³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.155.

²³² Recordamos que el Órgano de Apelación constató también que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no había llevado a cabo un análisis adecuado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC por los siguientes errores: i) el análisis segmentado de la medida sobre el atún de 2013 realizado por el Grupo Especial; ii) su suposición errónea de que excluir el método de lances sobre delfines de la etiqueta *dolphin safe* fue declarado compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el procedimiento inicial; iii) el hecho de que no tuviera debidamente en cuenta los diferentes riesgos asociados a la pesca de atún en distintas pesquerías al centrarse exclusivamente en los daños *no observados* causados a los delfines; y iv) el hecho de que se centrara en la técnica de los lances sobre delfines al evaluar los respectivos perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca y zonas del océano. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.126, 7.159, 7.561 y 7.165).

²³³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.142 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.398).

comprometida en cualquier etapa de producción de los productos de atún, *en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada*".²³⁴

6.41. Así pues, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación constató que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación se deberían haber adaptado a los riesgos para los delfines derivados de los distintos métodos de pesca en las distintas zonas del océano, a fin de evitar que pueda verse comprometida la exactitud de la etiqueta *dolphin safe*, en contra de los objetivos de la medida.²³⁵ Estas constataciones confirman que las consideraciones relativas a la exactitud de la etiqueta debería haber informado el análisis de la adaptación, precisamente porque la exactitud de la etiqueta *dolphin safe* estaba directamente relacionada con los objetivos de la medida sobre el atún de 2013. Por consiguiente, las consideraciones relativas al vínculo entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida, en lugar de constituir una indagación separada, están comprendidas en un análisis de la adaptación adecuado.

6.42. Pasando a las constataciones de los Grupos Especiales en los presentes procedimientos, los Grupos Especiales recordaron que las constataciones del Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento dejaban claro que:

[A]unque en teoría puede haber varias maneras en que en un grupo especial podría evaluar la 'imparcialidad' de una medida impugnada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en el contexto específico de los presentes procedimientos, el criterio jurídico apropiado para su aplicación por los Grupos Especiales es uno que se centre en la relación entre, por un lado, los riesgos que representan para los delfines distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano y, por otro, las distinciones reglamentarias pertinentes.²³⁶

Por consiguiente, los Grupos Especiales entendieron que su tarea era determinar "si las distinciones reglamentarias pertinentes "si las distinciones reglamentarias pertinentes se 'adaptan'" y "se 'adecuan'" "de la manera debida" a "los diferentes riesgos para los delfines que surgen en las distintas pesquerías ... y guardan proporción con ellos".²³⁷ Los Grupos Especiales consideraron que, si las distinciones reglamentarias pertinentes se adaptan de esa manera, ello indicaría a su vez que la medida sobre el atún de 2016 no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.

6.43. Los Grupos Especiales consideraron que, en tanto en cuanto México consideraba que debían evaluar la existencia de una relación racional entre el efecto perjudicial y los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 como etapa separada o distinta de su análisis, ese enfoque no encontraba respaldo en los informes del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial o el primer procedimiento sobre el cumplimiento.²³⁸ A este respecto, los Grupos Especiales no interpretaron que el Órgano de Apelación exigiera, además del relativo a la adaptación, "ningún análisis separado y adicional" de la relación entre los objetivos de la medida y el efecto perjudicial.²³⁹ A nuestro juicio, las declaraciones de los Grupos Especiales están en consonancia con las constataciones del Órgano de Apelación, examinadas en los párrafos 6.36-6.41 *supra*, de que las consideraciones relativas al vínculo entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida, en lugar de constituir una indagación separada, son parte integrante de un análisis de la adaptación adecuado.

²³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.166. (*Ibid.*, nota 611 al párrafo 7.166 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.233). (sin cursivas en el original)). El Órgano de Apelación también observó que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento había indicado que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes que se aplican fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO son menos gravosas, lo que hace más probable que el atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco del PTO sea etiquetado incorrectamente como atún *dolphin safe*. (Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.253).

²³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.166 y nota 611 a dicho párrafo y párrafo 7.169).

²³⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.102.

²³⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.103 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.252).

²³⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.115.

²³⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.115.

6.44. A juicio de los Grupos Especiales, la declaración del Órgano de Apelación de que el análisis de la adaptación debe llevarse a cabo "teniendo en cuenta los objetivos de la medida" significaba que esos objetivos deben "informa[r] los criterios con respecto a los cuales debe evaluarse la adaptación", y que los Grupos Especiales tenían que "tene[r] ... en cuenta" esos objetivos al aplicar el análisis de la adaptación a los hechos de la presente diferencia.²⁴⁰ Los Grupos Especiales recordaron que los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 son: i) "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines"; y ii) "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines".²⁴¹ Por consiguiente, los Grupos Especiales consideraron que la medida sobre el atún de 2016 "tiene por objeto transmitir información exacta a los consumidores con el fin de garantizar que el mercado estadounidense de atún no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines".²⁴² A juicio de los Grupos Especiales, la adaptación a los riesgos para los delfines derivados del empleo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano tendría en cuenta los objetivos de la medida sobre el atún de 2016.²⁴³ Las constataciones de los Grupos Especiales dan a entender correctamente que el diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida sobre el atún ponen de manifiesto que trata de lograr ambos objetivos *de manera concertada*. Por lo tanto, compartimos la opinión de los Grupos Especiales de que esos objetivos "se complementan y refuerzan mutuamente, y operan conjuntamente para 'evitar [los] efectos perjudiciales de las técnicas de pesca en los delfines'".²⁴⁴

6.45. A este respecto, recordamos el argumento de México de que, "como medida de etiquetado para el consumidor", la medida sobre el atún de 2016 "no puede lograr [sus] objetivos sin exactitud en el etiquetado", y que una alegación de que las distinciones reglamentarias de la medida se "'adaptan' a los diferentes riesgos que representan para los delfines distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano ... no puede justificar el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos si la medida no garantiza que la etiqueta proporcione información exacta a los consumidores".²⁴⁵ Como se ha expuesto *supra*, las constataciones del Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento indican que las consideraciones relativas a la exactitud de la etiqueta están comprendidas en un análisis de la adaptación. Por consiguiente, no estamos de acuerdo en que un análisis de la adaptación, sobre la base de los riesgos para los delfines, no permitiría determinar si las etiquetas concedidas de conformidad con las condiciones de etiquetado pertinentes son exactas ni, en consecuencia, si las distinciones reglamentarias con arreglo a tales condiciones están racionalmente relacionadas con los objetivos de la medida.

6.46. En lugar de ello, consideramos que, cuando el análisis de la adaptación se realiza debidamente, teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por la medida sobre el atún de 2016, ese análisis también debería determinar si la etiqueta concedida de conformidad con la medida en litigio transmite la información sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún a los consumidores.²⁴⁶ Ello se debe a que, si el análisis de la adaptación demuestra que el rigor de las diferentes condiciones de etiquetado es, de hecho, proporcionado a los riesgos de daños para los delfines, indica que las *etiquetas concedidas con arreglo a esas condiciones* permitirían a los consumidores obtener información acerca de si el atún presente en los productos de atún se obtiene de una manera que daña a los delfines. Por lo tanto, estamos de acuerdo con los Grupos Especiales en que una adaptación adecuada a los riesgos para los delfines derivados del empleo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano tendría en cuenta los objetivos de la medida sobre el atún de 2016²⁴⁷ y ayudaría a determinar el vínculo entre esos objetivos y las diferentes condiciones

²⁴⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.116-7.117.

²⁴¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.117 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.16).

²⁴² Informe de los Grupos Especiales, párrafo 7.125 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.427). (no se reproduce la nota de pie de página)

²⁴³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.117.

²⁴⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.125 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.550). México está de acuerdo en que los objetivos de la medida son "inseparables". (Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 144).

²⁴⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 99. (no se reproduce la nota de pie de página)

²⁴⁶ Como se ha señalado en el párrafo 5.11 *supra*, de conformidad con la medida sobre el atún de 2016 en litigio, los productos etiquetados como productos *dolphin safe* no deben contener atún obtenido de una manera que cause efectos perjudiciales a los delfines.

²⁴⁷ Véase el párrafo 5.8 *supra*.

de etiquetado con arreglo a la medida. De la misma manera, también estamos de acuerdo con los Grupos Especiales en que no es necesario evaluar la existencia de una relación racional entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 *como etapa separada o distinta* de su análisis.²⁴⁸

6.1.3.1.2 La cuestión de si los riesgos de inexactitud del etiquetado forman parte de los riesgos a los que la medida sobre el atún de 2016 se debe adaptar

6.47. México sostiene que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la adaptación en el marco del párrafo 1 del artículo 2 "exige al grupo especial simplemente 'tener presentes los objetivos de la medida'".²⁴⁹ México pone de relieve que, antes bien, los objetivos de la medida "se deben reflejar en los criterios sustantivos para evaluar si las distinciones reglamentarias de la medida se han diseñado y se aplican de manera imparcial, incluso sobre la base de la 'adaptación'".²⁵⁰ Como la medida sobre el atún de 2016 solo puede lograr sus objetivos mediante la exactitud de la etiqueta²⁵¹, entre esos criterios se deben incluir los factores relacionados con el riesgo de inexactitud en el etiquetado.²⁵² Por consiguiente, México aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que, a efectos del análisis de la adaptación, los riesgos relacionados con la inexactitud en el etiquetado no son parte de los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca y zonas del océano. México sostiene que, al hacer tal cosa, el enfoque de los Grupos Especiales "impid[ió] que una evaluación tuviera plenamente en cuenta las circunstancias particulares del caso"²⁵³, y "no dio pertinencia significativa" al vínculo entre el efecto perjudicial causado por las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida.²⁵⁴

6.48. Las constataciones del Órgano de Apelación examinadas *supra* respaldan la opinión de México de que las consideraciones relativas a la exactitud de la etiqueta son pertinentes para evaluar el vínculo entre las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún de 2016 y los objetivos de política de esta.²⁵⁵ Sin embargo, el Órgano de Apelación no dio a entender que el riesgo de inexactitud de la etiqueta constituya un riesgo al que se deban adaptar las distinciones reglamentarias pertinentes. Antes bien, como se ha señalado *supra*, el Órgano de Apelación puso de relieve que los riesgos a los que las distinciones reglamentarias se deben adaptar eran los riesgos para los delfines derivados de la pesca de atún en distintas pesquerías.²⁵⁶ Por consiguiente, aunque la exactitud de la información transmitida a los consumidores por medio de la etiqueta *dolphin safe* es una consideración que debe informar el análisis de la adaptación, compartimos la opinión de los Grupos Especiales de que eso es "diferente de decir que el criterio jurídico aplicable ... exige que los Grupos Especiales determinemos si la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función, entre otras cosas, del riesgo de que se transmita a los consumidores información inexacta sobre la inocuidad para los delfines".²⁵⁷

6.49. México aduce además que, al constatar que los perfiles de riesgo de las distintas pesquerías no engloban los riesgos de inexactitud de la etiqueta²⁵⁸, 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*".²⁵⁹ En concreto, "en el caso de un método de pesca determinado que pueda causar daños a los delfines, estos correrán un mayor riesgo relativo de sufrir daños derivados de ese método de pesca en las zonas del océano que no están reglamentadas o donde la supervisión reglamentaria sea insuficiente, y en las que, por consiguiente, las declaraciones no sean fiables y haya pesca INDNR [ilegal, no declarada

²⁴⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.115. En las secciones 6.1.4 y 6.1.5 *infra*, examinamos si los Grupos Especiales realizaron el examen de la adaptación debidamente en la presente diferencia.

²⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 138 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.118).

²⁵⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 138.

²⁵¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 99.

²⁵² Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 99, 114 y 124.

²⁵³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 123.

²⁵⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 127.

²⁵⁵ Véanse los párrafos 6.36-6.41 *supra*. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.166 y nota 611 a dicho párrafo (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.398).

²⁵⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.155.

²⁵⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.112.

²⁵⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.112.

²⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 124.

y no reglamentada] y/o transbordos en el mar considerables, que en las zonas del océano que tengan una supervisión reglamentaria suficiente y en las que las declaraciones sean fiables".²⁶⁰ A juicio de México, para el atún capturado en tales zonas del océano, "unas prescripciones en materia de certificación y unas prescripciones en materia de seguimiento y verificación más estrictas están justificadas (y son necesarias) sobre la base de que se adaptan a los riesgos relativos superiores de daños para los delfines".²⁶¹ México sostiene, por lo tanto, que los Grupos Especiales centraron erróneamente la evaluación de la adaptación exclusivamente en la repercusión de los métodos de pesca desde el punto de vista del daño que causan a los delfines, y que ese enfoque es "incompleto" y "jurídicamente erróneo".²⁶²

6.50. Los Estados Unidos sostienen que "México formula una alegación fáctica nueva que no formularon (ni fundamentaron) ante los Grupos Especiales", a saber, que "'la fiabilidad de los sistemas aplicables' está 'indisolublemente vinculad[a]' a daños físicos reales a delfines"²⁶³, y que, por lo tanto, los delfines tendrán un mayor riesgo de daños en las zonas del océano que no están reglamentadas o donde la reglamentación sea insuficiente, y en las que, por consiguiente, las declaraciones no sean fiables y haya pesca INDNR y/o transbordos en el mar considerables, que en las zonas del océano que tengan una reglamentación suficiente.²⁶⁴ Los Estados Unidos señalan que México nunca presentó a los Grupos Especiales ninguna prueba de un vínculo entre los riesgos de daño para los delfines, por un lado, y la baja fiabilidad de los sistemas aplicables, por otro.²⁶⁵ Los Estados Unidos ponen de relieve que "en ningún momento México siquiera argumentó tal cosa ante los Grupos Especiales, y estos no formularon tal constatación de hecho".²⁶⁶

6.51. Al aducir que "los delfines correrán un mayor riesgo relativo de sufrir daños derivados de [un] método de pesca [dado] en las zonas del océano que no estén reglamentadas o donde la supervisión reglamentaria sea insuficiente, y en las que, por consiguiente, las declaraciones no sean fiables y haya pesca INDNR y/o transbordos en el mar considerables"²⁶⁷, entendemos que México da a entender que la pesca de atún en zonas del océano con sistemas reglamentarios menos fiables tiene mayor probabilidad de dar lugar a "daños físicos reales a delfines".²⁶⁸ Sin embargo, México no ha demostrado esa afirmación. En tales circunstancias, no vemos razón para no estar de acuerdo con la declaración de los Grupos Especiales de que "los riesgos de inexactitud en la certificación, las declaraciones y/o el mantenimiento de registros *no* son riesgos que afecten a los delfines propiamente dichos", ni "riesgos que se deriven del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".²⁶⁹

6.52. Al mismo tiempo, ponemos de relieve que las cuestiones relativas a la inexactitud de la etiqueta son pertinentes para evaluar si las condiciones en materia de etiquetado establecidas por la medida se adaptan debidamente. Como también reconocieron los Grupos Especiales, los riesgos de inexactitud en la certificación, las declaraciones y/o el mantenimiento de registros pueden "tener una influencia indirecta en la medida en que se utilizan los distintos métodos de pesca para capturar atún destinado al mercado estadounidense".²⁷⁰ Además, los Grupos Especiales reconocieron que "el pescado capturado en distintas zonas del océano mediante el uso de distintos métodos de pesca puede estar asociado a un riesgo mayor o menor de etiquetado inexacto en función de una serie de factores interrelacionados, como las personas que participan en la captura, la tecnología disponible

²⁶⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 109.

²⁶¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 110.

²⁶² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 124.

²⁶³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 45 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por México, párrafo 124).

²⁶⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 45 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por México, párrafo 109).

²⁶⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 53.

²⁶⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 53 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.110).

²⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 109.

²⁶⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 45 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por México, párrafos 120 y 124).

²⁶⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.110. (sin cursivas en el original)

²⁷⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.110. Ello se debe a que "uno de los objetivos de la etiqueta es proporcionar a los consumidores información sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún *para garantizar* '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'". (Informes de los Grupos Especiales, nota 222 al párrafo 7.110 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.3)).

y las prescripciones reglamentarias nacionales e internacionales aplicables".²⁷¹ A juicio de los Grupos Especiales, esos riesgos eran "pertinentes"²⁷², e incluso "centrales", para su aplicación del análisis de la adaptación, precisamente porque, al aplicarlo, estaban obligados a tener en cuenta los objetivos de la medida.²⁷³ Por lo tanto, consideramos que los Grupos Especiales no adoptaron, como México sostiene, un enfoque de la adaptación que sea "restringido" e "incompleto".²⁷⁴

6.53. Además, al señalar que el riesgo de inexactitud depende de una serie de factores interrelacionados, como "las personas que participan en la captura, la tecnología disponible y las prescripciones reglamentarias nacionales e internacionales aplicables"²⁷⁵, los Grupos Especiales reconocieron expresamente que el riesgo de inexactitud engloba los factores que dan lugar a esa inexactitud. De hecho, como explicaron los Grupos Especiales, la expresión "riesgo de inexactitud" significa "el riesgo de que *un error* en el registro y la notificación de la información *en algún punto de la cadena de captura y transformación* pueda dar lugar a que un lote de atún sea designado como atún *dolphin safe* cuando de hecho contenga atún que debería haber sido designado como atún no *dolphin safe*".²⁷⁶ Nuestro examen de las constataciones de los Grupos Especiales no respalda, por lo tanto, el argumento de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al definir el riesgo de inexactitud "restrictivamente" y entender que "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".²⁷⁷

6.1.3.1.3 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al hacer referencia al "margen de error" en su análisis de la adaptación

6.54. México también pone en cuestión el examen del margen de error realizado por los Grupos Especiales en el contexto de su análisis sobre los riesgos de inexactitud. México no está de acuerdo con los Grupos Especiales en que la existencia de márgenes de error en las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación no sea necesariamente incompatible con los objetivos de la medida.²⁷⁸ Antes bien, México sostiene que "la medida no contempla un 'margen de error' o un umbral de tolerancia para el etiquetado inexacto, y no incorpora una prueba *de minimis* para la exactitud".²⁷⁹ México aduce también que los Grupos Especiales "adoptaron [erróneamente] la posición de que las pesquerías que tienen perfiles de riesgo menores ... tendrán siempre un riesgo menor de transmitir información incorrecta a los consumidores" y que, al hacerlo, "determinaron que permitir etiquetas inexactas es compatible con los objetivos de la medida".²⁸⁰

6.55. Los Estados Unidos sostienen que el argumento de México se basa en una interpretación fundamentalmente errónea del análisis de los Grupos Especiales, en la medida en que da a entender que el enfoque de estos tiende a tolerar un etiquetado menos exacto para los productos de atún procedentes de fuera de las pesquerías de grandes buques de cerco del PTO.²⁸¹ A juicio de los Estados Unidos, los Grupos Especiales reconocieron debidamente que el riesgo de etiquetado inexacto no es una constante²⁸², y que "no es necesario que la medida de los Estados Unidos 'se[a] completamente a prueba de errores a fin de adaptarse' (y, por consiguiente, ser compatible con el párrafo 1 del artículo 2)".²⁸³ Antes bien, los Grupos Especiales indicaron correctamente que "la cuestión más pertinente es si la *posibilidad* de error se adecua o es proporcionada a los riesgos diferentes para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".²⁸⁴ Por lo tanto, los Estados Unidos aducen que los Grupos Especiales no incurrieron en error al apoyarse en el concepto de margen de error en su examen de las prescripciones en materia

²⁷¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.110.

²⁷² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.113.

²⁷³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.118.

²⁷⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 124.

²⁷⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.110. (no se reproduce la nota de pie de página)

²⁷⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.119. (sin cursivas en el original)

²⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 139.

²⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 133 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.122).

²⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 140.

²⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 135.

²⁸¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 66.

²⁸² Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 68.

²⁸³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 74 y nota 168 a dicho párrafo (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.601 y 7.605).

²⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 74 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.605). (sin cursivas en el original)

de certificación y de seguimiento y verificación, y que ese concepto es plenamente compatible con la orientación dada por el Órgano de Apelación tanto en el procedimiento inicial como en el primer procedimiento sobre el cumplimiento.²⁸⁵

6.56. A nuestro juicio, al equiparar el "margen de error" con un "umbral de tolerancia del etiquetado inexacto"²⁸⁶, los argumentos de México expuestos *supra* se basan en su interpretación de la expresión "margen de error" como sinónimo de la inexactitud final de una etiqueta *dolphin safe*. Sin embargo, el examen del "margen de error" realizado por los Grupos Especiales, leído en su totalidad, indica que los Grupos Especiales no equipararon la expresión con la inexactitud de la etiqueta. Antes bien, entendemos que la referencia de los Grupos Especiales a la expresión "margen de error" guarda relación con los distintos grados de rigor de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en el marco de la medida sobre el atún de 2016. Con arreglo a esta interpretación, la exactitud final de la etiqueta depende no solo de los diferentes grados de rigor de las prescripciones pertinentes, sino también del nivel de los riesgos para los delfines de una determinada pesquería a la que se apliquen esas prescripciones.

6.57. Recordamos que los Grupos Especiales introdujeron el concepto de margen de error al examinar el "riesgo de inexactitud".²⁸⁷ A tal efecto, los Grupos Especiales indicaron que "la existencia de un margen de error en las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación no necesariamente equivale o da lugar a un riesgo de que la información transmitida finalmente al consumidor por una etiqueta *dolphin safe* sea ella misma incorrecta".²⁸⁸ Antes bien, a juicio de los Grupos Especiales, "el riesgo de que se transmita información inexacta a los consumidores por medio de la etiqueta dependerá no solo de dicho margen de error, 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".²⁸⁹ Los Grupos Especiales explicaron que el perfil de riesgo de las pesquerías pertinentes "es un buen indicador de [tales] hechos que exigen registrar".²⁹⁰ Por lo tanto, los Grupos Especiales razonaron que, "al aplicar la prueba de adaptación, es apropiado ... considerar[ar] si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación aplicadas en distintas pesquerías son proporcionadas a los perfiles de riesgo concretos de esas pesquerías y se adecuan a ellos".²⁹¹ Más concretamente:

[E]n una pesquería en la que los riesgos para los delfines son bajos, puede constituir adaptación aplicar prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación que toleren un margen de error mayor que las prescripciones en materia de certificación, declaraciones y/o mantenimiento de registros que se apliquen respecto de pesquerías con un perfil de riesgo alto. Ello se debe a que el riesgo de que la etiqueta *dolphin safe* comunique información inexacta depende de numerosos factores, entre los que se incluyen no solo la reglamentación vigente, sino también los diferentes niveles de interacción con los delfines y mortalidad y heridas graves de delfines de las distintas pesquerías. Así pues, *en pesquerías con un nivel alto de interacciones con delfines y daños a delfines, pueden ser necesarias prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación más sensibles para garantizar que la etiqueta dolphin safe sea finalmente exacta, mientras que en pesquerías con un nivel bajo de interacciones*

²⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 75.

²⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 140.

²⁸⁷ Como se ha señalado *supra*, los Grupos Especiales definieron el "riesgo de inexactitud" como el riesgo de que, a causa de "un error en el registro y la notificación de la información", un lote de atún que debería haber sido designado como atún no *dolphin safe* sea no obstante designado como atún *dolphin safe*. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.119).

²⁸⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.120.

²⁸⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.120. (sin cursivas en el original) Los Grupos Especiales indicaron que, por ejemplo, cuando el margen de error es alto, pero la incidencia de tales hechos es baja en una determinada pesquería, el riesgo de que se transmita información inexacta a los consumidores sería bajo. Inversamente, cuando el margen de error es bajo, pero la incidencia de tales hechos es alta, el riesgo de información inexacta resultante sería alto. (*Ibid.*, párrafo 7.121). Los Grupos Especiales explicaron además que, entre los "hechos que exigen registrar" se incluyen "no solo los hechos que, como la muerte o las heridas graves de delfines, constituyen el perfil de riesgo de la pesquería pertinente, sino también otros hechos, como el de que los delfines fueran observados por el capitán del buque o el observador independiente; si el atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe* se separaron en las bodegas a bordo del buque; y si la separación se mantuvo durante el transbordo y la descarga del atún". (*Ibid.*, nota 235, al párrafo 7.121).

²⁹⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.121. (no se reproduce la nota de pie de página)

²⁹¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.123.

*con delfines y daños a delfines, pueden ser suficientes prescripciones menos sensibles.*²⁹²

6.58. Por consiguiente, las constataciones de los Grupos Especiales presentadas *supra* indican que la expresión "margen de error" guarda relación con el rigor de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación pertinentes, de tal manera que, cuanto menos sensibles sean, mayor probabilidad habrá de que efectos perjudiciales para los delfines puedan pasar inadvertidos y no sean declarados. Ello, sin embargo, no se traduce automáticamente en inexactitud de la etiqueta *dolphin safe* final. Antes bien, como las declaraciones de los Grupos Especiales citadas *supra* dejan claro, la exactitud de la etiqueta final depende no solo de la sensibilidad de las condiciones en materia de etiquetado, sino también del nivel de los riesgos para los delfines de una pesquería. Cuando esos riesgos son mayores, puede ser necesario que las condiciones en materia de etiquetado correspondientes sean más "sensibles"²⁹³, o estrictas, para garantizar la exactitud de la etiqueta al transmitir la información relativa al carácter *dolphin safe* de los productos de atún. Inversamente, cuando esos riesgos son menores, condiciones en materia de etiquetado menos sensibles pueden ser suficientes para garantizar la exactitud. Por consiguiente, a nuestro entender, los Grupos Especiales han querido decir que la sensibilidad de las condiciones en materia de etiquetado debe corresponder, o adaptarse, a los riesgos para los delfines derivados del empleo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, con el fin de garantizar un etiquetado exacto.

6.59. Así pues, no estamos de acuerdo con la afirmación de México de que los Grupos Especiales "adoptaron [erróneamente] la posición de que las pesquerías que tienen perfiles de riesgo menores ... tendrán siempre un riesgo menor de transmitir información incorrecta a los consumidores", y al hacerlo "determinaron que permitir etiquetas inexactas es compatible con los objetivos de la medida".²⁹⁴ A nuestro juicio, el argumento de México confunde el rigor de las condiciones en materia de etiquetado pertinentes con la inexactitud de la etiqueta *dolphin safe* final. Aunque la expresión "margen de error", leída aisladamente, se puede entender en el sentido que México propone, nuestro precedente análisis indica que los Grupos Especiales utilizaron esa expresión para denotar la posibilidad de error como consecuencia de los diferentes niveles de rigor de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, y no la equipararon a la exactitud de la etiqueta final. Antes bien, esta última depende no solo de la sensibilidad de las condiciones en materia de etiquetado, sino también, de manera importante, de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.

6.60. Dicho esto, no consideramos que una referencia a la expresión "margen de error" fuera necesaria para la evaluación por los Grupos Especiales de la cuestión de si la medida sobre el atún de 2016 se adapta *debidamente*.²⁹⁵ De hecho, los Grupos Especiales pusieron de relieve que la cuestión de si los márgenes de error de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación son compatibles con los objetivos de la medida "no puede determinarse examinando la reglamentación de manera aislada", sino que debe ser evaluada "a la luz de los perfiles de riesgo pertinentes de las distintas pesquerías".²⁹⁶ Leído en su totalidad, el examen de los Grupos Especiales se centró correctamente en la cuestión de si las distinciones reglamentarias pertinentes se adaptan debidamente a los riesgos para los delfines.

²⁹² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.123. (sin cursivas en el original)

²⁹³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.123.

²⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 135.

²⁹⁵ De hecho, observamos que determinadas declaraciones de los Grupos Especiales sobre la expresión "margen de error", leída aisladamente, podrían posiblemente dar lugar a la interpretación que México propone. En concreto, los Grupos Especiales declararon que "una medida que tolera un margen de error superior cuando un riesgo es bajo, pero tolera un margen de error inferior cuando el riesgo es elevado, puede muy bien ser una medida que se adapta". (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.606). En la medida en que podría entenderse que en esa declaración "un margen de error superior" da a entender un grado mayor de inexactitud de la etiqueta, esta estaría en contradicción con otras declaraciones formuladas por los Grupos Especiales y la totalidad de su análisis de la adaptación.

²⁹⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.123.

6.1.3.2 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al limitar aspectos de su análisis de la adaptación a una comparación de los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca

6.61. México aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error al evaluar y comparar los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca sin distinguir entre distintas zonas del océano.²⁹⁷ México considera que, para evaluar si la medida se adapta debidamente a los riesgos para los delfines, los Grupos Especiales estaban obligados a examinar si la medida sobre el atún de 2016 hace todas las distinciones reglamentarias pertinentes sobre la base tanto de los métodos de pesca como de las zonas del océano.²⁹⁸ Ello se debe a que, según México, los riesgos para los delfines dependen no solo de los métodos de pesca utilizados, sino también de las características pertinentes de las zonas del océano en las que se usan esos métodos.²⁹⁹ México considera que esa opinión encuentra respaldo en la articulación del análisis de la adaptación realizada por el Órgano de Apelación en procedimientos anteriores de la presente diferencia, así como en "el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida".³⁰⁰

6.62. Los Estados Unidos aducen que los criterios de admisibilidad pertinentes para esta diferencia establecen distinciones sobre la base de cada método de pesca, y que no se ha dado a entender en ninguno de los procedimientos anteriores de la presente diferencia, ni por los Grupos Especiales, ni por el Órgano de Apelación, ni por México, que examinar la admisibilidad sobre la base de cada método de pesca sea incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.³⁰¹ Los Estados Unidos consideran que México no ha explicado por qué ese tipo de distinción no está permitido de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.³⁰² En particular, los Estados Unidos explican que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación no revocó las constataciones del Grupo Especial basándose en que este no hubiera formulado constataciones sobre la base de cada pesquería con respecto a los criterios de admisibilidad.³⁰³ Los Estados Unidos también ponen de relieve que el enfoque de México haría redundantes las disposiciones relativas a las determinaciones.³⁰⁴

6.63. Observamos en primer lugar que lo que México considera necesario para que la medida sobre el atún de 2016 sea compatible con el párrafo 1 del artículo 2 se basa al menos en parte en la declaración del Órgano de Apelación de que el régimen de etiquetado *dolphin safe* "no infringirá el párrafo 1 del artículo 2 si se 'adapta' adecuadamente en función de los riesgos para los delfines

²⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 159-172.

²⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 166 y nota 207 a dicho párrafo. A juicio de México, las pesquerías "con perfiles de riesgo relativamente altos" se deben distinguir de las pesquerías "con perfiles de riesgo relativamente bajos", y no deberían ser acreedoras a la etiqueta. (*Ibid.*, párrafo 167). México hace referencia a determinadas pesquerías de redes agalleras, palangre y redes de arrastre respecto de las que los Grupos Especiales constataron que tenían perfiles de riesgo particularmente altos, y aduce que "permitir el acceso a la etiqueta al atún capturado por tales métodos en esas zonas del océano contradice y socava el objetivo de la medida sobre el atún de desalentar las prácticas de pesca que tienen efectos perjudiciales para los delfines". (*Ibid.*, párrafo 167).

²⁹⁹ Respuesta de México a preguntas formuladas en la audiencia. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación explicó que "[a] los efectos de la presente diferencia, el término 'pesquería' puede definirse según la zona geográfica en que se realiza la pesca, el buque y el método de pesca empleados y la especie objetivo". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), nota 130 al párrafo 6.10).

³⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 166 y nota 207 a dicho párrafo. México pone de relieve que el atún capturado con redes de deriva en alta mar no es acreedor a la etiqueta *dolphin safe*, y aduce sobre esa base que la medida, al establecer los criterios de admisibilidad, hace distinciones que conciernen tanto a los métodos de pesca como a las zonas del océano. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México declaró que el diseño de la medida está sujeto al análisis jurídico; por lo tanto, aun en el caso de que la prescripción de admisibilidad se evaluara en el marco de la medida sobre la base de cada método de pesca, ello no la blindaría contra la impugnación ni impediría que fuera evaluada a efectos de la adaptación sobre la base de cada pesquería.

³⁰¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 117-118.

³⁰² Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 118.

³⁰³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 122-123.

³⁰⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 119. Los Estados Unidos explican que, como las disposiciones relativas a las determinaciones aumentan las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación en pesquerías específicas de alto riesgo, dichas disposiciones quedarían "privadas de sentido" si se excluyera a tales pesquerías de alto riesgo en cualquier caso del derecho a llevar la etiqueta.

derivados de distintos métodos de pesca *en distintas zonas de los océanos*".³⁰⁵ El Órgano de Apelación también explicó que aplicar el análisis de la adaptación entraña una "identificación de si los distintos métodos de pesca del atún *en distintas zonas de los océanos* representan riesgos diferentes para los delfines" y examinar si, a la luz de esos riesgos, "el trato diferente creado por la distinción reglamentaria pertinente demuestra que, siendo grupos diferentes, el trato otorgado a cada grupo es proporcionado a los riesgos correspondientes".³⁰⁶ Sin embargo, esas declaraciones no prescriben que las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún de 2016 deban trazarse sobre la base de distintas zonas del océano para que la medida sea compatible con el párrafo 1 del artículo 2. Antes bien, la precedente orientación del Órgano de Apelación reconoce que los riesgos para los delfines pueden ser diferentes en distintas zonas del océano y que, al llevar a cabo una evaluación de los riesgos para los delfines a efectos de evaluar si las distinciones reglamentarias establecidas por la medida se adaptan de hecho a los diferentes riesgos para los delfines, es necesario evaluar los riesgos en todas las zonas del océano pertinentes en las que se practique un determinado método de pesca (esto es, pesquerías individuales).

6.64. La cuestión esencial sometida a los Grupos Especiales era si las distinciones reglamentarias pertinentes establecidas por la medida se adaptan a los diferentes riesgos para los delfines. La naturaleza de ese análisis (es decir, cómo debían los Grupos Especiales aplicar el análisis de la adaptación) está informada por la naturaleza de las distinciones reglamentarias establecidas por la propia medida. A este respecto, recordamos que, al determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, "un grupo especial debe examinar cuidadosamente si el reglamento técnico en litigio es imparcial en el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación a la luz de las circunstancias concretas del caso".³⁰⁷ Por lo tanto, es útil recordar brevemente determinadas características de la medida a efectos de evaluar los argumentos de México.

6.65. La medida sobre el atún de 2016 hace varios conjuntos de distinciones entre diferentes productos de atún. En lo que concierne a los criterios de admisibilidad, la medida distingue entre: i) los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines o capturados con redes de deriva en alta mar; y ii) los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca.³⁰⁸ Aunque los primeros quedan automáticamente excluidos de la etiqueta *dolphin safe*, estos últimos son acreedores a ella si cumplen determinadas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación. Esas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación distinguen entre: i) los productos de atún que contienen atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO; y ii) los productos de atún que contienen atún capturado en todas las demás pesquerías.³⁰⁹ Por consiguiente, al nivel de los criterios de admisibilidad, la medida sobre el atún de 2016 establece una distinción sobre la base de los *métodos de pesca* en lo que concierne a la inadmisibilidad del atún capturado mediante lances sobre delfines.³¹⁰ Además, al nivel de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, la medida sobre el atún de 2016 hace una distinción sobre la base de las distintas *pesquerías* (es decir, el uso de un determinado método de pesca en una determinada zona del océano).³¹¹ En concreto, esas prescripciones distinguen entre los productos de atún que contienen atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los productos de atún que contienen atún capturado en todas las demás pesquerías.³¹² Para que un producto de atún reciba la

³⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.155. (sin cursivas en el original) Véase también la comunicación del apelante presentada por México, párrafo 159.

³⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.155. (sin cursivas en el original)

³⁰⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.31 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 215; *Estados Unidos - EPO*, párrafo 340; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 216 y 225.

³⁰⁸ Véanse los párrafos 5.10-5.11 *supra*.

³⁰⁹ Véanse los párrafos 5.12-5.13 y 5.17 *supra*.

³¹⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.568.

³¹¹ Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.568. Como se ha explicado *supra*, a los efectos de la presente diferencia, el término "pesquería" puede definirse según la zona geográfica en que se realiza la pesca, el buque y el método de pesca empleados y la especie objetivo. Véase *supra*, la nota 299.

³¹² Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.568. Observamos también que, como los productos de atún que contienen atún capturado con redes de deriva en alta mar *no son acreedores* a la

etiqueta *dolphin safe*, debe satisfacer todas esas prescripciones (es decir, el atún debe haber sido capturado utilizando un método de pesca acreedor a la etiqueta, y debe haber sido certificado, así como objeto de seguimiento y verificación, de conformidad con las prescripciones pertinentes aplicables a la pesquería en la que haya sido capturado).

6.66. Pasando a las constataciones pertinentes de los Grupos Especiales, recordamos que las partes no discuten en apelación la constatación de los Grupos Especiales de que la medida sobre el atún de 2016 tiene un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos. A este respecto, los Grupos Especiales destacaron la constatación del Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento de que "la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en un producto inocuo para los delfines', mientras que 'la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses tiene la posibilidad de ser etiquetado'".³¹³ Los Grupos Especiales observaron que "la medida sobre el atún de 2016 mantiene la arquitectura y estructura generales de la medida sobre el atún inicial y la medida sobre el atún de 2013", incluida "la distinción reglamentaria entre productos de atún derivados de atún capturado mediante lances sobre delfines y productos de atún derivados de atún capturado mediante otros métodos de pesca".³¹⁴ Los Grupos Especiales consideraron que, teniendo en cuenta que la situación fáctica no había cambiado, "al excluir a la mayoría de los productos de atún mexicanos del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, al tiempo que concede acceso condicional a esa etiqueta a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países, la medida sobre el atún de 2016, de manera análoga a la medida inicial y a la medida sobre el atún de 2013, modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense".³¹⁵

6.67. Los Grupos Especiales procedieron a examinar si ese efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Los Grupos Especiales comenzaron evaluando las pruebas que tenían ante sí con relación al uso de todos los métodos de pesca pertinentes en distintas zonas del océano (es decir, las pesquerías)³¹⁶, antes de llegar a una conclusión global sobre el perfil de riesgo de cada método de pesca. Tras su examen de los perfiles de riesgo pertinentes, los Grupos Especiales consideraron apropiado examinar "si cada uno de los elementos de la medida se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano y, después, resumi[r] [sus] análisis intermedios para llegar a una conclusión global y holística sobre la compatibilidad de la medida con las normas de la OMC".³¹⁷ A efectos de evaluar si los criterios de admisibilidad se adaptan debidamente, los Grupos Especiales compararon el perfil de riesgo de los lances sobre delfines con los perfiles de riesgo de otros métodos de pesca.³¹⁸ En cambio, al examinar las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, los Grupos Especiales compararon los perfiles de riesgo de las pesquerías pertinentes (es decir, los métodos de pesca y zonas de los océanos) con respecto a las cuales la medida sobre el atún de 2016 establece una distinción, a saber, la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y todas las demás pesquerías.³¹⁹ Los Grupos Especiales explicaron que, "a diferencia de las prescripciones de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación (y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación) establecen distinciones sobre la base de distintas pesquerías, más que de distintos métodos de pesca".³²⁰

6.68. Como se ha explicado *supra*, México sostiene que los Grupos Especiales incurrieron en error al comparar los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca y no de pesquerías individuales.³²¹

etiqueta *dolphin safe*, cualquier certificación (o seguimiento y verificación) del atún capturado con redes de deriva en alta mar solo tendría el efecto de que esos productos de atún no recibirían la etiqueta *dolphin safe*.

³¹³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.76 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.236 (donde a su vez se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.317).

³¹⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.77.

³¹⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.78.

³¹⁶ En la medida en que México aduce que los Grupos Especiales no tuvieron en cuenta todas las pruebas pertinentes al hacer esa evaluación, abordamos esos argumentos en la sección 6.1.4 *infra*.

³¹⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.529.

³¹⁸ Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.539-7.546.

³¹⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.568-7.573, 7.578, 7.599-7.603, 7.613, 7.651-7.652, 7.671-7.673 y 7.709-7.716.

³²⁰ Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.568.

³²¹ Véase el párrafo 6.61 *supra*.

Como se ha indicado, en el contexto de las prescripciones en materia de *certificación* y de *seguimiento y verificación*, los Grupos Especiales compararon los perfiles de riesgo de distintas pesquerías. Como ese enfoque parece compatible con el enfoque preferido por México, entendemos que este aspecto de los argumentos de México guarda relación específicamente con la evaluación que los Grupos Especiales hicieron de los criterios de *admisibilidad*, con respecto a los cuales los Grupos Especiales compararon los perfiles de riesgo de los métodos de pesca, pero no pesquerías individuales.³²²

6.69. A este respecto, México aduce que el enfoque de los Grupos Especiales es "incorrecto" porque los criterios de admisibilidad de la medida "distinguen claramente sobre la base del método y la zona".³²³ México considera que así lo pone de manifiesto el hecho que el atún capturado con redes de deriva en alta mar tampoco sea acreedor a la etiqueta *dolphin safe*.³²⁴

6.70. Observamos que la distinción con arreglo a los criterios de admisibilidad entre pesca con redes de deriva en alta mar y las demás pesquerías se establece de hecho *tanto* sobre la base del método de pesca *como* de la zona del océano.³²⁵ Sin embargo, recordamos que la segunda parte del análisis del "trato menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 "se centra en la distinción o las distinciones que causan un efecto perjudicial en productos importados".³²⁶ Nuestro precedente examen de las constataciones de los Grupos Especiales y las constataciones del Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento indica que las distinciones reglamentarias pertinentes que dan lugar al efecto perjudicial en la presente diferencia no conciernen a la pesca con redes de deriva en alta mar. México no ha demostrado la manera en que el trato dado de conformidad con la medida a la pesca con redes de deriva en alta mar guarda relación con las constataciones de los Grupos Especiales sobre el efecto perjudicial.³²⁷ Además, una de las distinciones reglamentarias que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos es que los productos de atún que contienen atún capturado mediante *lances sobre delfines* no son acreedores a la etiqueta *dolphin safe*, mientras que los productos que contienen atún capturado mediante *otros métodos de pesca* son provisionalmente acreedores a ella.³²⁸ Como se ha observado *supra*, la distinción que subyace a la inadmisibilidad del atún capturado mediante lances sobre delfines se establece sobre la base del método de pesca, sin referencia a ninguna zona del océano o pesquería concreta. A nuestro juicio, por lo tanto, el hecho de que la medida en litigio también excluya de la etiqueta *dolphin safe* a los productos de atún que contienen atún capturado con redes de deriva en alta mar no socava, por sí mismo, el enfoque de los Grupos Especiales al evaluar, entre otras cosas, si la distinción entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca se adapta a los diferentes riesgos para los delfines.

6.71. México aduce no obstante que, "aun en el caso de que la medida no aplicara los criterios de admisibilidad sobre la base de la zona del océano, jurídicamente la evaluación de la adaptación debe llevarse a cabo sobre la base del método de pesca y la zona del océano y, en determinadas circunstancias, exige que la medida aplique los criterios de admisibilidad sobre la base de la zona

³²² Sabemos que México opina que los Grupos Especiales se centraron indebidamente en los métodos de pesca al llevar a cabo su evaluación de los perfiles de riesgo y, por lo tanto, no evaluaron adecuadamente los riesgos de cada pesquería individual. (Véanse los párrafos 6.91 y 6.100 *infra*). Como ese aspecto de los argumentos de México guarda relación más específicamente con la manera en que los Grupos Especiales llevaron a cabo su evaluación de los perfiles de riesgo, lo abordamos en la sección 6.1.4 *infra*, en lugar de en esta, que se ocupa de manera más general de la cuestión de si los Grupos Especiales formularon correctamente el análisis de la adaptación.

³²³ Comunicación del apelante presentada por México, nota 207 al párrafo 166.

³²⁴ Comunicación del apelante presentada por México, nota 207 al párrafo 166.

³²⁵ Véanse los párrafos 5.10-5.11 *supra*.

³²⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.93. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286.

³²⁷ Observamos que, en apelación, México solo plantea el trato distinto que la medida da a la pesca con redes de deriva en alta mar en respaldo de su opinión de que los Grupos Especiales incurrieron en error al llevar a cabo un análisis sobre la base de cada método de pesca. México *no* aduce en su comunicación del apelante que: a) la distinción entre la pesca con redes de deriva en alta mar y otras pesquerías individuales cause el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos; ni b) que los Grupos Especiales incurrieran en error al no examinar si esa distinción concreta se adapta a los diferentes riesgos para los delfines.

³²⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.76-7.78; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.236; e informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.317.

del océano para estar en conformidad con el párrafo 1 del artículo 2".³²⁹ A juicio de México, como los riesgos para los delfines no dependen solo de los métodos de pesca, sino también de las características de las zonas del océano en las que se emplean esos métodos de pesca, los criterios de admisibilidad que se basen exclusivamente en una distinción entre distintos métodos de pesca (sin identificar zonas del océano específicas en las que se emplean esos métodos) socavarían el objetivo de la medida de proteger a los delfines de los riesgos de la pesca de atún. Como México explicó con mayor detalle en la audiencia, a su juicio la distinción entre los lances sobre delfines y los otros métodos de pesca es *per se* incompatible con el párrafo 1 del artículo 2, habida cuenta de los objetivos de la medida, la manera en que el Órgano de Apelación ha articulado anteriormente el análisis de la adaptación, y el hecho de que determinadas pesquerías pueden tener un perfil de riesgo equivalente al de los lances sobre delfines en el PTO.

6.72. Recordamos que, en la segunda parte del análisis del "trato menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la cuestión pertinente es si el efecto perjudicial causado por la medida en litigio deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.³³⁰ A nuestro juicio, para responder a esta cuestión, es necesario examinar la distinción que da lugar al efecto perjudicial. Como se ha indicado *supra*, en la presente diferencia el efecto perjudicial resulta, en parte, de la distinción en virtud de los criterios de admisibilidad entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca. En consecuencia, la prueba de si la medida es imparcial exige evaluar, entre otras cosas³³¹, si esa distinción es una distinción reglamentaria legítima.

6.73. Además, en la presente diferencia, el Órgano de Apelación ha aceptado la premisa de que la medida sobre el atún inicial no infringiría el párrafo 1 del artículo 2 si las distinciones reglamentarias legítimas que dan lugar al efecto perjudicial se "adaptan" debidamente a los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.³³² Por consiguiente, en la medida en que el argumento de México da a entender que la distinción entre los lances sobre delfines y los otros métodos de pesca no es imparcial simplemente porque se establece sobre la base de los métodos de pesca, no consideramos que el enfoque de México sea compatible con las constataciones del procedimiento inicial y el primer procedimiento sobre el cumplimiento. Al contrario, la cuestión de si esa distinción es legítima a efectos del párrafo 1 del artículo 2 se debe evaluar mediante una comparación de los diferentes perfiles de riesgo de esos distintos métodos de pesca.

6.74. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México adujo que una distinción sobre la base de cada método de pesca a efectos de los criterios de admisibilidad socavaría el objetivo de la medida de proteger a los delfines de los riesgos de la pesca de atún.³³³ Recordamos, sin embargo, que el Órgano de Apelación ha aceptado que, si se demuestra que las distinciones reglamentarias establecidas por la medida se adaptan en función de los diferentes riesgos para los delfines, el efecto perjudicial en el marco de la medida derivaría exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.³³⁴ Ese enfoque del Órgano de Apelación reflejaba el entendimiento de que, dados el diseño y la estructura de la medida sobre el atún (incluida la distinción entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca), si se puede demostrar que las distinciones se adaptan a los diferentes riesgos para los delfines, ello indicaría también que tales distinciones están racionalmente relacionadas con los objetivos de la medida y, por consiguiente, pueden contribuir a ellos (incluido el objetivo de proteger a los delfines). De hecho, como se ha expuesto en la sección 6.1.3.1.1 *supra*, consideramos que el análisis de la adaptación establecido por el Órgano de Apelación engloba las consideraciones relativas al vínculo entre las distinciones reglamentarias hechas por la medida y el

³²⁹ Comunicación del apelante presentada por México, nota 207 al párrafo 166.

³³⁰ Véase el párrafo 6.9 *supra*.

³³¹ Como parte de esa evaluación, los Grupos Especiales también estaban obligados a examinar si las distinciones reglamentarias que subyacen a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación se adaptan a los perfiles de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y todas las demás pesquerías. Como se ha señalado en el párrafo 6.67 *supra*, a nuestro entender los Grupos Especiales han comparado los perfiles de riesgo de las pesquerías pertinentes a efectos de ese análisis, y en la sección 6.1.5 *infra* examinamos si los Grupos Especiales concluyeron debidamente que las distinciones reglamentarias pertinentes se adaptan a esos perfiles de riesgo.

³³² Véase el párrafo 6.36 *supra*. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.155.

³³³ Observamos que México no impugna que entre los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 se incluye la protección de los delfines. (Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 71).

³³⁴ Véase *supra*, nota 332. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.98.

objetivo de esta. Sin embargo, con arreglo al enfoque de México, la medida sobre el atún de 2016 sería *per se* incompatible con el párrafo 1 del artículo 2, exclusivamente sobre la base de que tal distinción socavaría el objetivo de proteger a los delfines. A nuestro juicio, México no ha demostrado por qué una distinción sobre la base de los métodos de pesca socavaría el objetivo de proteger a los delfines.

6.75. Tomamos nota también del argumento de México de que, como los Grupos Especiales "hicieron caso omiso"³³⁵ del hecho de que determinadas pesquerías pueden tener perfiles de riesgo equivalentes, o superiores, al perfil de riesgo de los *lances sobre delfines en el PTO*, tampoco reconocieron que permitir el acceso a la etiqueta *dolphin safe* al atún capturado en tales zonas del océano socava los objetivos de la medida.³³⁶ Sin embargo, de nuestro examen de las constataciones de los Grupos Especiales se desprende claramente que la medida sobre el atún de 2016 no establece una distinción reglamentaria entre la pesquería de lances sobre delfines del PTO y otras pesquerías. Como se ha explicado *supra*, los criterios de admisibilidad distinguen entre los *lances sobre delfines* y otros métodos de pesca, mientras que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación distinguen entre la *pesquería de grandes buques de cerco del PTO* (ya sea mediante lances sobre delfines o por otros métodos de pesca con redes de cerco) y todas las demás pesquerías.³³⁷ Es sobre la base de esas distinciones reglamentarias como los Grupos Especiales estaban obligados a comparar los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca (con respecto a los criterios de admisibilidad) y las pesquerías (con respecto a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación), al haber establecido tales perfiles de riesgo sobre la base de su examen de todas las pruebas pertinentes de los riesgos para los delfines derivados de los distintos métodos de pesca utilizados en distintas zonas del océano.

6.76. En cualquier caso, en la medida en que México afirme que el análisis de los perfiles de riesgo realizado por los Grupos Especiales debería haber considerado todas las zonas del océano porque los riesgos son diferentes en distintas zonas del océano, ya hemos abordado ese argumento *supra*.³³⁸ Como se ha expuesto, estamos de acuerdo en que la información relativa a los riesgos para los delfines en pesquerías individuales es pertinente, y debería ser tenida en cuenta, al evaluar y comparar los riesgos globales relativos de distintos métodos de pesca.³³⁹ Sobre la base de las pruebas concernientes al empleo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, los Grupos Especiales estarían entonces en condiciones de comparar los riesgos relativos de métodos de pesca específicos para examinar si los criterios de admisibilidad se adaptan a tales riesgos. En la medida en que México afirme que los Grupos Especiales no evaluaron pruebas pertinentes relativas al empleo de métodos de pesca en zonas específicas del océano, abordamos ese argumento *infra* en el contexto de nuestro examen de la evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales.³⁴⁰

6.77. En resumen, como los criterios de admisibilidad de la medida sobre el atún de 2016 distinguen entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca, y México no ha demostrado de qué manera esa distinción socavaría el objetivo de proteger a los delfines, consideramos que evaluar si esa distinción se adapta a los diferentes riesgos para los delfines exigió a los Grupos Especiales comparar, entre otras cosas, los perfiles de riesgo de los métodos de pesca pertinentes. Sobre la base de lo anterior, consideramos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al comparar los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca en su aplicación del análisis de la adaptación a los criterios de admisibilidad. En concreto, consideramos que los Grupos Especiales actuaron correctamente al comparar, en el contexto de los criterios de admisibilidad, los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca, dado que la distinción reglamentaria pertinente en el marco de los criterios de admisibilidad se establece de hecho sobre la base de los métodos de pesca. Consideramos también que los Grupos Especiales actuaron adecuadamente al comparar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales en el contexto de la aplicación del análisis de la adaptación a las prescripciones en materia de certificación y de

³³⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 167.

³³⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 159-162 y 164-171.

³³⁷ Véase el párrafo 6.65 *supra*.

³³⁸ Véase el párrafo 6.63 *supra*.

³³⁹ Véase el párrafo 6.63 *supra*.

³⁴⁰ Véase la sección 6.1.4 *infra*.

seguimiento y verificación, ya que esas prescripciones hacen una distinción sobre la base de las pesquerías (es decir, tanto sobre la base del método de pesca como de la zona del océano).

6.78. En nuestra exposición del análisis precedente, tenemos presente la necesidad de evitar que se evalúe cada elemento de la medida aisladamente. Recordamos que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación reconoció que puede ser adecuado que un grupo especial "proceda a evaluar los distintos elementos de [una] medida de manera secuencial", siempre que hacerlo no "d[é] lugar al análisis aislado de un elemento específico[]" cuando los elementos de la medida están estrechamente interrelacionados.³⁴¹ Por consiguiente, un enfoque segmentado puede plantear preocupaciones "cuando un grupo especial no realiza una evaluación global que resuma su razonamiento o sus conclusiones intermedias con respecto a los elementos relacionados de una medida en litigio de manera que se llegue a una constatación adecuada de compatibilidad o incompatibilidad respecto de esa medida".³⁴² A nuestro juicio, el enfoque de los Grupos Especiales descrito *supra*³⁴³, con arreglo al cual compararon los riesgos de los *métodos de pesca* en el contexto de los criterios de admisibilidad, y los riesgos de los *métodos de pesca empleados en zonas específicas del océano* en el contexto de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, parece estar en consonancia con la orientación dada por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial y el primer procedimiento sobre el cumplimiento.³⁴⁴ Ese enfoque ajustó los análisis de la adaptación para reflejar las distinciones específicas establecidas en el marco de la medida y permitió a los Grupos Especiales evaluar la manera en que los diferentes aspectos interconectados de la medida operaran conjuntamente. También recordamos que, habiendo examinado secuencialmente los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y las disposiciones relativas a las determinaciones, los Grupos Especiales presentaron una evaluación global de la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el párrafo 1 del artículo 2.³⁴⁵

6.1.3.3 Conclusión

6.79. En el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, para determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial debe examinar cuidadosamente si el reglamento técnico en litigio es imparcial a la luz de las circunstancias concretas del caso. En la presente diferencia, un examen de la cuestión de si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC entraña una evaluación de si las distinciones reglamentarias de la medida se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Esa evaluación conlleva: i) una evaluación de los riesgos globales relativos de daño para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano; y ii) una evaluación de si las diferencias en las condiciones en materia de etiquetado *dolphin safe* establecidas en la medida se adecuan de la manera debida a esos riesgos respectivos o guardan proporción con ellos. Este análisis de la adaptación, si se realizara correctamente, abarcaría el examen de la relación racional entre las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún de 2016 y sus objetivos. Así pues, no hace falta evaluar por separado la relación racional entre las distinciones reglamentarias establecidas por la medida y sus objetivos. Además, aunque los riesgos de etiquetado inexacto son pertinentes para el análisis de la adaptación, ello no quiere decir que el criterio jurídico aplicable exija a los Grupos Especiales que determinen si la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función, entre otras cosas, del riesgo de que se transmita a los consumidores información inexacta sobre la inocuidad para los delfines.

6.80. Al llevar a cabo el análisis de la adaptación es necesario examinar los riesgos para los delfines en todas las zonas del océano pertinentes en que se utilizan distintos métodos de pesca. Esto no significa que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, una medida que trate de proteger a los delfines deba hacer todas las distinciones reglamentarias pertinentes sobre la base tanto del método de pesca como de la zona del océano. Antes bien, la naturaleza del análisis de la

³⁴¹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.14-7.15.

³⁴² Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.15.

³⁴³ Véase el párrafo 6.67 *supra*.

³⁴⁴ En la sección 6.1.5 *infra* abordamos la cuestión de si el análisis realizado por los Grupos Especiales tomó en cuenta la manera en que los distintos elementos de la medida sobre el atún de 2016 son acumulativos y están sumamente interrelacionados.

³⁴⁵ Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.8.6. Véase también la sección 6.1.5.5 *infra*.

adaptación que se debe hacer está informada por la naturaleza de las distinciones reglamentarias realizadas en virtud de la propia medida y son las distinciones reglamentarias que causan el efecto perjudicial en los productos importados las que se deben adaptar en función de los diferentes riesgos para los delfines. Las distinciones reglamentarias pertinentes que se deben examinar a los efectos de la adaptación en la presente diferencia incluyen la distinción entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca (en el contexto de los criterios de admisibilidad) y la distinción entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y todas las demás pesquerías (en el contexto de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación).

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

6.1.4 Evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales

6.82. México plantea tres series de argumentos con respecto a la evaluación de los distintos perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales, donde alega que los Grupos Especiales incurrieron en error al: i) no evaluar adecuadamente los perfiles de riesgo de las distintas pesquerías; ii) utilizar el perfil de riesgo de los lances sobre delfines en el PTO como punto de referencia para evaluar los perfiles de riesgo de otras pesquerías; y iii) basarse fundamentalmente en las pruebas "por lance" para medir el nivel de los riesgos para los delfines, y prescindir de otras pruebas pertinentes en su evaluación de los perfiles de riesgo.³⁴⁶ Los Estados Unidos sostienen que los Grupos Especiales evaluaron correctamente los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca utilizados en diferentes zonas del océano.³⁴⁷ Los Estados Unidos aducen que determinados aspectos de los argumentos de México parecen referirse a la apreciación de los hechos que hicieron los Grupos Especiales y que, por lo tanto, no están comprendidos en el ámbito de la presente apelación, puesto que México no planteó ninguna alegación de error al amparo del artículo 11 del ESD.³⁴⁸ Además, a juicio de los Estados Unidos, los Grupos Especiales actuaron correctamente al basarse fundamentalmente en las pruebas por lance, y no en pruebas que habrían sido equívocas e inadecuadas para comparar los perfiles de riesgo relativos de los distintos métodos de pesca y las distintas pesquerías.³⁴⁹ Comenzamos recordando la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los distintos perfiles de riesgo, antes de pasar a ocuparnos de cada una de las tres series de argumentos formulados por México.³⁵⁰

³⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 154-225. Como se analiza con más detalle *infra*, las pruebas por lance conllevan calcular el promedio de la cifra total de un indicador determinado de efectos perjudiciales para los delfines, como las muertes y las heridas graves, por el número de operaciones de tipo de un arte de pesca concreto utilizado en una pesquería concreta en un período determinado.)Véase el párrafo 6.84 *infra*).

³⁴⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 96-203.

³⁴⁸ Véase, por ejemplo, la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 114, 138, 152, 172-173 y 192.

³⁴⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 151-203.

³⁵⁰ Observamos que, en su comunicación del apelante, México afirma que, aunque "la evaluación de los perfiles de riesgo requería, en determinados aspectos, conocimientos científicos ..., los Grupos Especiales se abstuvieron de consultar con expertos ... [y a] juicio de México, los Grupos Especiales no ejercieron adecuadamente las facultades discrecionales que les concede el artículo 13 del ESD al abstenerse de solicitar asesoramiento técnico de expertos". (Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 155 y 157). Los Estados Unidos, en su comunicación del apelado, afirmaron que "México no apela respecto de la decisión de los Grupos Especiales de no consultar a expertos, y por lo tanto no hay motivo, ni base, para que el Órgano de Apelación examine ese aspecto de los informes de los Grupos Especiales". (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 98 (no se reproduce la nota de pie de página)). Sin embargo, México aclaró en la audiencia que no estaba afirmando que los Grupos Especiales hubieran incurrido en un error de derecho a ese respecto, y que sus observaciones relativas al artículo 13 del ESD no eran pertinentes

6.1.4.1 Las constataciones de los Grupos Especiales

6.83. Los Grupos Especiales recordaron que el Órgano de Apelación criticó al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento por no analizar "los niveles globales de riesgos en las distintas pesquerías y cómo eran esas pesquerías unas en comparación con otras" a pesar de las "considerables pruebas" que tenía ante sí a ese respecto, en particular porque no había considerado los riesgos relativos derivados de la mortalidad y heridas graves observadas en delfines.³⁵¹ Los Grupos Especiales consideraron por tanto que era necesario "establecer los perfiles de riesgo de los métodos de pesca pertinentes en distintas partes del océano, teniendo en cuenta datos sobre los daños observables y no observables".³⁵²

6.84. Al establecer los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, los Grupos Especiales consideraron adecuado "recurrir[...] en la mayor medida de lo posible a un análisis cuantitativo, y recurrir[...] a una evaluación cualitativa en los casos en que esta pare[ciera] ser la vía más razonable para evaluar y describir adecuadamente los riesgos en cuestión".³⁵³ Los Grupos Especiales destacaron asimismo la importancia de un "punto de referencia o criterio cuantitativo normalizados al determinar y comparar los distintos perfiles de riesgo", subrayando que "[d]ebido a que los distintos testimonios científicos que constan en el expediente no siguen necesariamente el mismo método ni presentan sus resultados de manera homogénea y uniforme, es necesario usar un punto de referencia normalizado para que las comparaciones entre los estudios sean válidas y adecuadas".³⁵⁴ Los Grupos Especiales examinaron varios criterios cuantitativos normalizados posibles y, en definitiva, adoptaron un método "por lance" que entrañaba calcular el promedio de la cifra total de un indicador determinado de efectos perjudiciales para los delfines por el número de operaciones de un arte de pesca concreto utilizado en una pesquería concreta en un período determinado.³⁵⁵ Los Grupos Especiales constataron que los indicadores pertinentes incluían la mortalidad, las heridas graves y las interacciones entre atunes y delfines observadas.³⁵⁶

6.85. Los Grupos Especiales también establecieron varias distinciones entre los distintos tipos de daños producidos a los delfines.³⁵⁷ Distinguieron en primer lugar entre el daño *observable* (es decir, cualquier tipo de daño que se *pueda* detectar y notificar) y el *daño no observable* (es decir, el tipo de daño que se produce pero no puede ser detectado durante el propio lance). Por lo que respecta al daño observable, los Grupos Especiales también distinguieron entre el daño *observado* (es decir, el daño que es observable y que de hecho se ha detectado y notificado durante la realización de un lance) y el *daño no observado* (es decir, el tipo de daño que es observable pero que *no* ha sido detectado ni notificado durante la realización de un lance). Dado que, por definición, no puede haber pruebas basadas en observadores de ese daño no observado pero observable, los Grupos Especiales examinaron el nivel de asociación entre los delfines y los atunes como aproximación para determinar los niveles probables de daño no observado pero observable.³⁵⁸ Por último, los Grupos Especiales distinguieron entre el daño *directo* (causado por la interacción directa con un arte de pesca) y el

para las cuestiones concretas sometidas al Órgano de Apelación. Por lo tanto, no abordamos ese aspecto de la comunicación del apelante de México.

³⁵¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.146 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.243).

³⁵² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.149.

³⁵³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.170.

³⁵⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.171.

³⁵⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.214. Los Grupos Especiales examinaron los métodos propuestos por México, que consistían en: a) un método de Eliminación biológica potencial (EBP), que calcula el número máximo de animales que pueden eliminarse de una población de animales sin afectar a su población sostenible óptima; y b) ya sea como alternativa a un método EBP, o para ser considerada conjuntamente con las pruebas sobre EBP, una comparación de los niveles absolutos de mortalidad y heridas graves de delfines derivados de los distintos métodos y zonas de pesca. Los Grupos Especiales rechazaron el método EBP y se basaron en pruebas de los niveles absolutos de efectos perjudiciales causados a los delfines en situaciones en las que consideraron que las pruebas por lance eran insuficientes. (*Ibid.*, párrafos 7.175-7.195. Véase también la primera comunicación escrita de México a los Grupos Especiales, párrafo 247). Como se explica en la sección 6.1.4.4 *infra*, México apela el rechazo de esos puntos de referencia por los Grupos Especiales.

³⁵⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.204.

³⁵⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.245-7.251.

³⁵⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.253. Los Grupos Especiales explicaron que "la magnitud de interacciones no indica el número de delfines que efectivamente sufren daños no observados, sino más bien el límite superior de delfines que podrían sufrir esos daños. Cuanto menor sea la interacción menos probable es que el método de pesca pertinente cause daños a los delfines". (*Ibid.*).

daño *indirecto* (que se produce a consecuencia de otro daño sufrido como resultado de una interacción directa con un arte de pesca).

6.86. Los Grupos Especiales llevaron cabo su análisis de los perfiles de riesgo diferenciando entre siete métodos de pesca distintos, a saber: pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines; pesca con redes de cerco sin lances sobre delfines; pesca con redes agalleras; pesca con palangre; pesca de arrastre; pesca de atún con líneas de mano; y pesca con caña y línea. Los Grupos Especiales constataron que la pesca con redes de cerco mediante *lances sobre delfines*³⁵⁹ causa heridas graves a los delfines.³⁶⁰ En particular, los Grupos Especiales constataron que, en el PTO, si bien las pruebas indicaban que los lances sobre delfines no plantean un riesgo muy elevado de heridas graves observables³⁶¹, esas heridas graves son menos frecuentes que la mortalidad³⁶², y la probabilidad de mortalidad o heridas graves no observadas está presente en cada lance, como consecuencia de la asociación entre atunes y delfines en esa zona del océano.³⁶³ Los Grupos Especiales constataron también que los lances sobre delfines causan daños no observables como consecuencia del propio proceso de persecución y cercamiento³⁶⁴, en particular "la separación de madres y crías; posibles lesiones musculares derivadas de la persecución; fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo; y otras consecuencias perjudiciales para la salud de los delfines, como el estrés agudo continuo".³⁶⁵

6.87. Con respecto a la pesca con redes de cerco *sin lances sobre delfines*³⁶⁶, los Grupos Especiales examinaron pruebas sobre las muertes y heridas graves de delfines en el PTO, el océano Pacífico Central y Occidental (OPCO), el océano Índico y el océano Atlántico Tropical Oriental (OATO).³⁶⁷ Los Grupos Especiales concluyeron que si bien la pesca con redes de cerco son lances sobre delfines ha dado muerte y causado heridas graves a delfines en el pasado y tiene el potencial de hacerlo en el futuro, el perfil de riesgo de este método de pesca es bajo porque no requiere interacción con delfines a fin de localizar el atún.³⁶⁸ Los Grupos Especiales estimaron que este método de pesca muestra un "perfil de riesgo relativamente bajo tanto desde el punto de vista de la mortalidad y las heridas graves observadas como de las no observadas".³⁶⁹ Los Grupos Especiales concluyeron además que el alcance de los *daños no observados* en el PTO podía ser bajo, pero que al no haber en el expediente pruebas concretas, no podía basar esta constatación en una cuantificación precisa.³⁷⁰ Los Grupo Especial constataron asimismo que la probabilidad de daños no observados a los delfines en el OPCO, el océano Índico y el OATO es baja porque las interacciones con delfines

³⁵⁹ La pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines consiste en "la persecución y cercamiento de los delfines con redes de cerco para capturar el atún que nada debajo de ellos", en zonas en que se produce una asociación entre los atunes y los delfines. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.5). Según los informes de los Grupos Especiales, "[s]e utilizan lanchas motoras para perseguir a los delfines y reunirlos en un grupo compacto; a continuación, se lanza la red en torno a ellos. El vínculo entre el atún y los delfines es tan fuerte que el atún permanece con los delfines durante ese proceso, y el atún y los delfines son capturados juntos en la red. ... Si todo va bien los delfines son liberados vivos, pero ... algo puede fallar y, en tal caso, puede haber muertes de delfines". (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.258 (donde se cita T. Gerrodette, "The Tuna-Dolphin Issue", en Perrin, Wursig y Thewissen (editores) *Encyclopedia of Marine Mammals*, segunda edición (Elsevier, 2009) (Prueba documental USA-12 presentada a los Grupos Especiales), página 1192)).

³⁶⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.281.

³⁶¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.282.

³⁶² Los Grupos Especiales constataron que la tasa de mortalidad por cada 1.000 lances asociada con lances sobre delfines en el PTO había oscilado entre 69,42 en 2015 y 113,38 3n 2009, con un promedio de 91,15 muertes. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.280).

³⁶³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.285.

³⁶⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.308.

³⁶⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.309 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 663 al párrafo 330, donde a su vez se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.491-7.506).

³⁶⁶ Además de los lances sobre delfines, la pesca con redes de cerco se realiza también mediante lances sobre: i) montes submarinos (una categoría de elevaciones oceánicas); ii) objetos flotantes; o iii) bancos de atún (es decir, cuando el lance no está basado en la asociación del atún con ninguna otra característica/objeto/animal marino). (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.313-7.316) (donde se hace referencia a Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Documento Técnico de Pesca y Acuicultura de la FAO, volumen 538, *Bycatch and Non-Tuna Catch in the Tropical Purse Seine Fisheries of the World* (Roma, 2013) (Prueba documental USA-60 presentada a los Grupos Especiales), páginas 17-24)).

³⁶⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.326-7.399.

³⁶⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.400.

³⁶⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.401.

³⁷⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.334.

son poco frecuentes.³⁷¹ Asimismo, los Grupos Especiales constataron que la pesca con redes de cerco sin lances sobre delfines en el PTO, el OPCO, el océano Índico y el OATO no causa los tipos de *daños no observables* causados por la pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines en el PTO, dado que la pesca con redes de cerco sin lances sobre delfines no requiere interacción con delfines.³⁷²

6.88. Con respecto a la pesca *con redes agalleras*³⁷³, los Grupos Especiales constataron que este método de pesca entraña altos niveles de daños observables a los delfines en determinadas zonas del océano, pero no entraña los mismos daños en otras zonas.³⁷⁴ Observaron también que las pruebas presentadas en relación con la "pesca fantasma"³⁷⁵ indicaban que la pesca fantasma da lugar a daños no observados, pero que esos daños eran al menos *observables*, y no eran los tipos de daños *no observables* causados por los lances sobre delfines.³⁷⁶

6.89. En lo relativo a la pesca *con palangre*³⁷⁷ y *líneas de mano*³⁷⁸, los Grupos Especiales constataron que los perfiles de riesgo de esos métodos eran bajos en cuanto a los daños observables, y que no causan los tipos de daños no observables causados por los lances sobre delfines.³⁷⁹ Con respecto a la *pesca de arrastre*³⁸⁰, los Grupos Especiales constataron que se trata de un método de pesca de riesgo entre bajo y moderado en cuanto a la mortalidad observada y los daños observables, puesto que entraña una interacción con los delfines muy escasa o nula.³⁸¹ Los Grupos Especiales constataron también que la pesca de arrastre no causa los tipos de daños no observables causados por los lances sobre delfines.³⁸² En relación con el método de pesca *con caña y línea*, los Grupos Especiales no encontraron informes de que se haya dado muerte o herido gravemente a delfines como consecuencia de la pesca con caña y línea, ni pruebas de que se cause ningún daño no observable a los delfines.³⁸³ Concluyeron que el perfil de riesgo es muy bajo.³⁸⁴

6.90. Tras haber expuesto su análisis de los siete métodos de pesca, los Grupos Especiales realizaron una evaluación global relativa, en la que "presenta[ron] una evaluación comparativa de las constataciones sobre métodos específicos".³⁸⁵ Los Grupos Especiales concluyeron que, dadas las

³⁷¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.334, 7.367, 7.385 y 7.398.

³⁷² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.401.

³⁷³ Las redes agalleras son redes que se "fija[n] en el fondo marino ... o flota[n] verticalmente" mediante boyas (redes de deriva o redes agalleras de deriva). (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.404-7.405 (donde se hace referencia a Natural Resources Defense Council, *Net Loss: The Killing of Marine Mammals in Foreign Fisheries* (Nueva York, enero de 2014) (Prueba documental MEX-18 presentada a los Grupos Especiales), página 13; y a FAO, "Tuna Drifting Gillnet" (Prueba documental MEX-15 presentada a los Grupos Especiales))).

³⁷⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.444.

³⁷⁵ La pesca fantasma tiene lugar cuando un arte de pesca (como las redes agalleras) sigue causando daño a la vida marina (por ejemplo, a los delfines) después de ser perdida o descartada. (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.410 y 7.447 (donde se hace referencia a NOAA, 2015 NOAA Marine Debris Program Report, *Impact of "Ghost Fishing" via Derelict Fishing Gear* (Charleston, marzo de 2015) (Prueba documental MEX-104 presentada a los Grupos Especiales), página 6)).

³⁷⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.450-7.457.

³⁷⁷ La pesca de atún con palangre es "un tipo pasivo de técnica de pesca que utiliza líneas con anzuelos con cebo como arte de pesca", en el que un lance típico está compuesto por "al menos 200 unidades ('cestas') mutuamente conectadas, con una boya en cada conexión y un total de 3.000 anzuelos aproximadamente". (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.458 (donde se cita FAO, "Industrial Tuna Longlining" (Prueba documental MEX-26 presentada a los Grupos Especiales), páginas 2-3)).

³⁷⁸ Una línea de mano para el atún es una "línea vertical única con un anzuelo dentado en el extremo distal", o varios anzuelos dentados conectados a líneas laterales a lo largo de la línea principal a intervalos regulares. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.495 (donde se cita FAO, "Tuna Handlining" (Prueba documental MEX-38 presentada a los Grupos Especiales))).

³⁷⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.481 y 7.511.

³⁸⁰ La pesca de arrastre consiste en "remolcar una red ... ya sea en contacto con el fondo o a profundidad media", capturando pescado y marisco mediante el filtrado del agua. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.482 (donde se cita FAO, "Trawl Nets" (Prueba documental MEX-37 presentada a los Grupos Especiales))).

³⁸¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.493-7.494.

³⁸² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.494.

³⁸³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.515.

³⁸⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.516.

³⁸⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.517. Los Grupos Especiales explicaron que la razón para realizar esa evaluación comparativa era que "la cuestión que se [les había] planteado [era] si la medida sobre el atún de 2016, de conformidad con la cual los productos de atún obtenidos a partir de atún capturado mediante lances sobre delfines no reúnen los requisitos para llevar la etiqueta *dolphin safe*, mientras que los

diferencias entre los lances sobre delfines y cada uno de los otros seis métodos en lo que respecta a los daños observables causados a los delfines, y teniendo en cuenta que ninguno de los otros métodos causa los tipos de daños no observables que causan los lances sobre delfines, "globalmente, el perfil de riesgo de los lances sobre delfines es muy superior al de cada uno de los otros seis métodos de pesca utilizados para capturar atún".³⁸⁶

6.1.4.2 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al no evaluar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales

6.91. Nos ocupamos en primer lugar del argumento de México de que los Grupos Especiales no determinaron debidamente los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca utilizados en distintas zonas de los océanos, y limitaron erróneamente su evaluación de los perfiles de riesgo a los siete métodos de pesca de atún, sin evaluar los perfiles de riesgo correspondientes a cada zona del océano.³⁸⁷ México reconoce que los Grupos Especiales abordaron las pruebas con respecto a las zonas del océano en el caso de determinados métodos de pesca que evaluaron³⁸⁸, pero aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error al formular conclusiones sobre los métodos de pesca en su conjunto, con lo cual "efectivamente promediaron o utilizaron muestras de los riesgos o niveles de daño globales relativos en todas las pesquerías que emplean el método".³⁸⁹ En particular, México sostiene que los Grupos Especiales en efecto "no tuvieron en cuenta que existen riesgos muy elevados para los delfines" derivados de la pesca con redes agalleras, la pesca con palangre y la pesca de arrastre, en determinadas zonas del océano.³⁹⁰ México aduce también que los Grupos Especiales incurrieron en error al no abordar el perfil de riesgo de la "pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines" en zonas del océano distintas del PTO.³⁹¹

6.92. Los Estados Unidos sostienen que los Grupos Especiales sí evaluaron los riesgos para los delfines en pesquerías individuales.³⁹² Indican, con respecto a los daños *observables*, que los Grupos Especiales evaluaron "cada pesquería en relación con la cual había en el expediente datos con valor probatorio" y, sobre esa base, "extrajeran conclusiones acerca del riesgo de daños observables que representan los diferentes métodos de pesca".³⁹³ Con respecto a los daños *no observables*, los Estados Unidos afirman que los Grupos Especiales concluyeron que "ninguno de los otros métodos de pesca puede causar el tipo de daños no observables causados por los lances sobre delfines", y que esa conclusión es aplicable "a todas y cada una de las pesquerías en que se emplean esos métodos de pesca".³⁹⁴ Los Estados Unidos indican que los Grupos Especiales "extrajeran conclusiones sobre el perfil de riesgo de cada método de pesca de atún 'utilizado en distintas zonas

productos de atún obtenidos a partir de atún capturado mediante los otros seis métodos indicados *supra* reúnen condicionalmente los requisitos para llevar esa etiqueta, se adapta en función de los niveles de riesgo diferentes que presentan para los delfines distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano". (*Ibid.*).

³⁸⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.525.

³⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 161.

³⁸⁸ Específicamente, la pesca con redes de cerco sin lances sobre delfines, la pesca con redes agalleras, el palangre, la pesca de arrastre y la pesca con líneas de mano. (Véase la comunicación del apelante presentada por México, párrafo 162).

³⁸⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 164 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.517).

³⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 167. Véase también la comunicación del apelante presentada por México, párrafos 168-170 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.438, 7.440-7.443, 7.466-7.467, 7.473-7.474, 7.489-7.490 y 7.493-7.494).

³⁹¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 162. Observamos que en la comunicación del apelante de México también se afirma que "[l]os Grupos Especiales no abordaron las zonas del océano en el contexto del perfil de riesgo de la pesca con caña y línea". (*Ibid.*). Sin embargo, México indicó asimismo en su comunicación del apelante que "las partes convinieron en el primer procedimiento sobre el cumplimiento en que no se tiene constancia de que este método cause daño a los delfines". (*Ibid.*, nota 21 al párrafo 22). México aclaró en la audiencia que "se incluyó la pesca con caña y línea en el párrafo 162 para que la descripción de lo que dijeron los Grupos Especiales fuera completa y que México no cuestiona las constataciones de los Grupos Especiales sobre la pesca con caña y línea.

³⁹² Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 125-126.

³⁹³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 125 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.401 (pesca con redes de cerco distinta de la realizada mediante lances sobre delfines), 7.475 (pesca con palangre), 7.494 (pesca de arrastre), 7.511 (pesca con líneas de mano) y 7.514-7.515 y 7.520 (pesca con redes agalleras)).

³⁹⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 125 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.332-7.334, 7.365-7.367, 7.383-7.385, 7.396-7.398, 7.440-7.444, 7.466-7.471, 7.475, 7.488-7.494, 7.511, 7.514-7.515 y 7.521).

del océano" sobre la base de esas constataciones.³⁹⁵ Aducen también que la afirmación de México de que determinadas pesquerías son de "alto riesgo" se basa en la definición de "alto riesgo" del propio México, así como en determinadas interpretaciones erróneas del análisis de las pruebas realizado por los Grupos Especiales, y refleja argumentos que los Grupos Especiales rechazaron.³⁹⁶

6.93. Recordamos que, para evaluar debidamente si las distinciones reglamentarias pertinentes establecidas en la medida sobre el atún de 2016 se adaptan adecuadamente en función de los riesgos para los delfines, los Grupos Especiales debían, entre otras cosas, comparar el perfil de riesgo de los "lances sobre delfines" con los perfiles de riesgo de cada uno de los demás métodos de pesca. Con el fin de hacer tal comparación, los Grupos Especiales estaban necesariamente obligados a establecer los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca. Consideramos por consiguiente que fue apropiado que los Grupos Especiales formularan una conclusión para cada método de pesca individual, a los efectos de realizar el análisis de la adaptación.

6.94. Observamos, no obstante, que al formular una conclusión sobre cada método de pesca, los Grupos Especiales estaban obligados a tener en cuenta todas las pruebas que se les habían sometido con respecto a cada zona del océano en la que se utiliza cada método de pesca. Por otra parte, no se discute que, en el contexto de la evaluación de si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación se adaptan en función de los riesgos para los delfines, los Grupos Especiales debían comparar los perfiles de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO con otras pesquerías individuales.³⁹⁷ Incumbía por lo tanto a los Grupos Especiales no *solo* extraer conclusiones sobre cada método de pesca en su conjunto, sino también examinar los riesgos para los delfines en cada pesquería individual.

6.95. A este respecto, México no ha planteado ninguna alegación al amparo del artículo 11 del ESD en el sentido de que los Grupos Especiales no evaluaran ninguna pesquería individual con respecto a la cual se les hubieran presentado pruebas. Observamos también que los Grupos Especiales mencionaron explícitamente pruebas relativas a pesquerías individuales a los fines de examinar los métodos de pesca pertinentes.³⁹⁸ Además, algunas de las pruebas presentadas a los Grupos Especiales eran de carácter general, de manera que se referían a *todas* las pesquerías en las que se practicaba ese método de pesca.³⁹⁹ Por lo tanto, consideramos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales no examinaron cada pesquería individual con respecto a la cual se proporcionaron pruebas.

6.96. México aduce además que, al extraer una conclusión global sobre el perfil de riesgo correspondiente a cada método de pesca examinado, los Grupos Especiales efectivamente promediaron o utilizaron muestras de los riesgos o niveles de daño globales relativos en todas las pesquerías que emplean ese método y, al hacerlo, no tuvieron en cuenta que hay riesgos muy elevados para los delfines en determinadas zonas del océano.⁴⁰⁰ Por ejemplo, México compara la constatación de los Grupos Especiales de que "las pesquerías con redes agalleras, y en particular las pesquerías con redes de deriva, han causado, en algunas circunstancias y en determinadas regiones,

³⁹⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 125 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.517; donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.402, 7.457, 7.480, 7.493-7.494, 7.511, 7.516-7.518, 7.520-7.523 y 7.525).

³⁹⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 126 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por México, párrafos 168-170). Los Estados Unidos explican que México menciona específicamente las constataciones de los Grupos Especiales acerca de las pesquerías con redes agalleras del océano Índico, los niveles absolutos de mortalidad causada por la pesca con palangre en el océano Pacífico, las pruebas sobre EBP concernientes a otra pesquería de palangre y las pruebas por lance sobre mortalidad en una pesquería de arrastre del Atlántico Septentrional. Recuerdan que los Grupos Especiales "rechazaron" las pruebas documentales en que se basó México para definir como de "alto riesgo" la pesquería de palangre del océano Pacífico y las pesquerías de arrastre del Atlántico Septentrional, y explicaron por qué habían decidido no basarse en las pruebas sobre EBP. Además, respecto de las pesquerías con redes agalleras del océano Índico, los Grupos Especiales explicaron que la medida sobre el atún de 2016 "aborda adecuadamente los riesgos para los delfines en esa pesquería". (Véase *ibid.*, nota 285 al párrafo 126).

³⁹⁷ Respuestas de México y de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

³⁹⁸ Por ejemplo, con respecto a la pesca con redes de cerco sin lances sobre delfines, los Grupos Especiales evaluaron los riesgos para los delfines en el PTO, el OPCO, el océano Índico y el OATO. (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.326-7.399).

³⁹⁹ Por ejemplo, con respecto a la pesca con caña y línea, los Grupos Especiales examinaron pruebas concernientes al método de pesca en general, sin especificar ninguna pesquería en particular. (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.514-7.516).

⁴⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 164 y 167.

niveles de daños observables mayores que los causados por los lances sobre delfines en el PTO" con la conclusión de los Grupos Especiales de 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".⁴⁰¹

6.97. No vemos contradicción entre la constatación de que un método de pesca determinado plantea riesgos altos en *algunas* pesquerías, pero no en otras y la conclusión de que el método de pesca en su conjunto conlleva un perfil de riesgo menor que el método de lances sobre delfines. Recordamos que, según los Grupos Especiales, los lances sobre delfines plantean un riesgo alto para los delfines en *todas* las pesquerías con respecto a las cuales se presentaron pruebas a los Grupos Especiales⁴⁰², mientras que, en el caso de la pesca con redes agalleras, los Grupos Especiales constataron que "la pesca con redes agalleras causa considerables daños observables a los delfines en distintas zonas del océano"⁴⁰³, pero también que "existen otras zonas donde este método en particular no causa tales daños".⁴⁰⁴ Además, no consideramos que, por la mera formulación de conclusiones sobre cada método de pesca en su conjunto, los Grupos Especiales confundieran necesariamente los perfiles de riesgo de los *métodos* de pesca individuales con los perfiles de riesgo de las *pesquerías* individuales. Habida cuenta de las distintas series de distinciones establecidas en el marco de la medida, los Grupos Especiales estaban obligados a comparar los perfiles de riesgo de los métodos de pesca en el contexto de la evaluación de los criterios de admisibilidad, y a comparar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales al evaluar las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación. Por lo tanto, los Grupos Especiales estaban obligados a formular conclusiones sobre los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca, proceso en el cual estaban también obligados a examinar las pruebas relativas a los riesgos para los delfines en zonas individuales del océano. A nuestro juicio, el hecho de que los Grupos Especiales llegaran a conclusiones sobre los métodos de pesca al evaluar los criterios de admisibilidad no indica que aplicaran de manera inapropiada el análisis de la adaptación a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.

6.98. En cualquier caso, en la medida en que México considera que las conclusiones extraídas por los Grupos Especiales sobre cada método de pesca individual estaban viciadas porque los Grupos Especiales sopesaron y confrontaron incorrectamente los perfiles de riesgo de cada *pesquería* individual al extraer conclusiones generalizadas sobre cada *método de pesca* en su conjunto, consideramos que esa cuestión se refiere a la apreciación de las pruebas y los hechos que hicieron los Grupos Especiales, más que a la aplicación por los Grupos Especiales del criterio jurídico previsto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, México no ha impugnado la apreciación de las pruebas que hicieron los Grupos Especiales en el marco del artículo 11 del ESD. En consecuencia, no consideramos necesario o apropiado examinar si las conclusiones de los Grupos Especiales sobre cada método de pesca estaban justificadas sobre la base de las pruebas que se les habían sometido.⁴⁰⁵

6.99. Basta por lo tanto a nuestros fines señalar que los Grupos Especiales evaluaron cada pesquería individual con respecto a la cual se les habían presentado pruebas y, sobre la base de esas evaluaciones, extrajeron conclusiones sobre el perfil de riesgo de los distintos métodos de pesca.⁴⁰⁶ Por consiguiente, no consideramos que México haya demostrado que los Grupos Especiales no evaluaron los perfiles de riesgo de pesquerías individuales, o que los Grupos Especiales incurrieron en error al extraer conclusiones sobre el perfil de riesgo de cada método de pesca sobre la base de su examen de las pruebas que tenían ante sí (incluidas pruebas concernientes a cada pesquería individual).

⁴⁰¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 168 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.441-7.442). (las cursivas figuran en el original)

⁴⁰² Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.256-7.311.

⁴⁰³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.440.

⁴⁰⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.442.

⁴⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafos 955-958. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 274.

⁴⁰⁶ Observamos que las únicas pruebas presentadas a los Grupos Especiales con respecto a cualquier pesquería individual donde se efectúan lances sobre delfines fueron pruebas relativas al PTO. (Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.270-7.311).

6.1.4.3 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al utilizar el perfil de riesgo de los lances sobre delfines en el PTO como punto de referencia

6.100. Pasamos ahora al argumento de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al utilizar el perfil de riesgo de los lances sobre delfines en el PTO como punto de referencia -que México denomina el "punto de referencia del PTO"⁴⁰⁷- para evaluar los perfiles de riesgo de otras pesquerías. México afirma que un "punto de referencia no puede utilizarse para evaluar objetivamente las circunstancias que constituyen el propio rasero".⁴⁰⁸ Sostiene que, más bien, los Grupos Especiales deberían haberse basado en un "criterio o rasero independiente y objetivo frente al cual los riesgos o niveles de daño globales relativos derivados de cada" pesquería pudieran ser evaluados.⁴⁰⁹ México aduce además que los Grupos Especiales incurrieron en error al distinguir entre los lances sobre delfines en el PTO y otras pesquerías, porque el "mero hecho de que los perfiles de riesgo de otras [pesquerías] puedan ser distintos, o comparativamente más bajos, que el perfil de riesgo de [los lances sobre delfines] en el PTO no significa que las distinciones reglamentarias se 'adaptan' a los distintos riesgos o niveles de daño globales relativos derivados de las distintas [pesquerías]".⁴¹⁰ Sostiene también que el hecho de que los Grupos Especiales se basaran en el "punto de referencia del PTO" para comparar los perfiles de riesgo de otras pesquerías tuvo como resultado que centraran su análisis en "características cualitativas que son exclusivas" de la pesquería con lances sobre delfines del PTO.⁴¹¹ México hace referencia a las constataciones de los Grupos Especiales sobre los daños no observables con respecto a los "supuestos efectos del estrés en los delfines en el PTO"⁴¹², y considera que la importancia que los Grupos Especiales atribuyeron a este tipo de daños no observables hizo que los Grupos Especiales "prescindieran de la orientación del Órgano de Apelación en el sentido de que han de tenerse en cuenta los efectos globales de cada método de pesca".⁴¹³

6.101. Los Estados Unidos aducen que el enfoque adoptado por los Grupos Especiales estaba totalmente en consonancia con el análisis de la adaptación expuesto por el Órgano de Apelación en procedimientos anteriores.⁴¹⁴ Los Estados Unidos observan que el propio México ha aducido sistemáticamente que "la pesquería de grandes buques [de cerco] del PTO es un punto de comparación adecuado para determinar si las distinciones reglamentarias son imparciales, tanto en el anterior procedimiento sobre el cumplimiento como ante los Grupos Especiales".⁴¹⁵ En cuanto a los argumentos de México relativos a los distintos tipos de daños, los Estados Unidos consideran que los Grupos Especiales tuvieron en cuenta todas las pruebas relativas a cualquier tipo de daños no observables, entre ellas las identificadas por México.⁴¹⁶ Según los Estados Unidos, "los Grupos Especiales constataron que, si bien algunas pruebas indicaban que la 'pesca fantasma vinculada a las redes agalleras plantea algunos riesgos para los delfines, ... su alcance no está claro' ... [y] 'las cifras absolutas correspondientes a mamíferos marinos afectados son relativamente pequeñas'".⁴¹⁷

6.102. Como se expone en los párrafos 6.72-6.73 *supra*, son las distinciones reglamentarias que causan el efecto perjudicial en el marco de la medida sobre el atún de 2016 las que, para ser compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, deben adaptarse en función de los distintos riesgos para los delfines. Así pues, un análisis de la adaptación adecuado en la presente diferencia no significa que los Grupos Especiales estuvieran obligados a examinar si la medida sobre el atún de 2016 establece todas las distinciones reglamentarias pertinentes sobre la base de cada

⁴⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 173 y 178.

⁴⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 176.

⁴⁰⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 179.

⁴¹⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 181.

⁴¹¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 186.

⁴¹² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 187 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.310).

⁴¹³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 189 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.152 y 7.155-7.156).

⁴¹⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 139-143.

⁴¹⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 142 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.112; al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.111-7.112; a la primera comunicación escrita de México a los Grupos Especiales, párrafo 256; y a la segunda comunicación escrita de México a los Grupos Especiales, párrafos 248, 256 y 263). (no se reproduce la nota de pie de página)

⁴¹⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 147.

⁴¹⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 148 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.448).

pesquería.⁴¹⁸ Hemos señalado también que, habida cuenta de las distinciones pertinentes establecidas en la medida en litigio, los Grupos Especiales procedieron correctamente al haber comparado el perfil de riesgo de la pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines con los perfiles de riesgo de otros métodos de pesca a los fines de examinar los criterios de admisibilidad, y al haber comparado el perfil de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO con los perfiles de riesgo de todas las demás pesquerías a los fines de examinar las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.⁴¹⁹

6.103. Observamos además que los Grupos Especiales no utilizaron, como sostiene México, los lances sobre delfines en el PTO como "punto de referencia". En efecto, los Grupos Especiales no emplearon la expresión "punto de referencia del PTO" en su análisis de los perfiles de riesgo. Más bien, los Grupos Especiales solo mencionaron esa expresión en el contexto de la descripción de la explicación dada por los Estados Unidos en relación con las disposiciones relativas a las determinaciones de la medida sobre el atún de 2016.⁴²⁰ En cambio, en su análisis de los perfiles de riesgo, los Grupos Especiales utilizaron las palabras "punto de referencia" para describir un "punto de referencia o criterio cuantitativo normalizados" al evaluar y comparar los distintos perfiles de riesgo.⁴²¹ A este respecto, los Grupos Especiales estaban haciendo referencia a la utilización de un criterio cuantitativo o método apropiado para comparar los riesgos para los delfines en las distintas pesquerías. Como se ha explicado antes, los Grupos Especiales se basaron principalmente en datos que reflejaban las cifras relativas a la mortalidad, las heridas graves y las interacciones entre atunes y delfines observadas por lance, en distintas pesquerías, para comparar los riesgos para los delfines derivados de los distintos métodos de pesca y en distintas pesquerías.⁴²² Cuando esos datos no estaban disponibles, los Grupos Especiales recurrieron a otras fuentes de información, incluida información general que se refiere a todas las pesquerías en que se practica un determinado método de pesca.⁴²³

6.104. Una vez que hubieron evaluado los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca y pesquerías sobre la base de datos por lance y otras pruebas pertinentes, los Grupos Especiales compararon el perfil de riesgo de los lances sobre delfines con los perfiles de riesgo de otros métodos de pesca en el contexto tanto de su evaluación de los perfiles de riesgo como de su examen de la cuestión de si los criterios de admisibilidad se adaptan en función de los distintos riesgos para los delfines.⁴²⁴ Como hemos indicado *supra*, esa comparación de métodos de pesca era, entre otras cosas, necesaria habida cuenta del criterio jurídico aplicable y de las circunstancias de la presente diferencia.⁴²⁵ En cuanto a la afirmación de México de que la evaluación de los criterios de admisibilidad realizada por los Grupos Especiales se basó en una comparación del perfil de riesgo de los lances sobre delfines *en el PTO* con los perfiles de riesgo de otros métodos de pesca⁴²⁶, observamos que determinados aspectos de la evaluación que hicieron los Grupos Especiales del perfil de riesgo de los lances sobre delfines se limitaron en efecto a la utilización de este método de

⁴¹⁸ Véanse los párrafos 6.64-6.77 *supra*.

⁴¹⁹ Véanse los párrafos 6.65-6.77 *supra*.

⁴²⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.417 y 7.685. Los Grupos Especiales tomaron nota de la explicación de los Estados Unidos de que la NOAA comparó las tasas de capturas incidentales (es decir, el número de delfines muertos por tonelada de atún desembarcada) de la pesquería con redes agalleras del océano Índico con las causadas mediante los lances sobre delfines en el PTO (el "punto de referencia del PTO" a que se refiere México). La NOAA concluyó, sobre esa base, que existía una mortalidad de delfines "habitual e importante" en la pesquería con redes agalleras del océano Índico. Conforme a la estructura de la medida sobre el atún de 2016, el resultado de esa determinación formal fue que el atún procedente de la pesquería con redes agalleras del océano Índico quedó sujeto a prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación más estrictas de lo que en otro caso se habría exigido para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe*. (Véase también *ibid.*, párrafos 7.67-7.69).

⁴²¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.171.

⁴²² Véase el párrafo 6.84 *supra*. Por otra parte, México aclaró en la audiencia que el hecho de que los Grupos Especiales se basaran en pruebas por lance constituye un criterio o rasero independiente y objetivo en el cual deberían haberse basado los Grupos Especiales. No obstante, México adujo que, además de basarse en pruebas por lance, los Grupos Especiales deberían haber tenido en cuenta también pruebas relativas a la sostenibilidad de distintas poblaciones de delfines y a los niveles absolutos de efectos perjudiciales en distintas zonas. Abordamos esos aspectos de los argumentos de México en la sección 6.1.4.4 *infra*.

⁴²³ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.212, 7.434, 7.446-7.456, 7.476-7.481 y 7.514.

⁴²⁴ Véanse los párrafos 6.67 y 6.90 *infra*.

⁴²⁵ Véase el párrafo 6.77 *supra*.

⁴²⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 175 y 186.

pesca en el PTO.⁴²⁷ Ello, sin embargo, se debió al hecho de que las únicas pruebas relativas a pesquerías específicas proporcionadas a los Grupos Especiales concernientes a la utilización de los lances sobre delfines se referían al empleo de este método en el PTO.⁴²⁸ Además, otros aspectos del examen realizado por los Grupos Especiales de los riesgos asociados con los lances sobre delfines *no* se limitaron al PTO, sino que se referían en términos más amplios a los lances sobre delfines en cualquier parte del mundo.⁴²⁹

6.105. Tomamos nota del argumento de México de que, al "distinguir el método de pesca empleado por México [a saber, los lances sobre delfines] en el PTO de todos los demás métodos de pesca en todas las demás zonas de los océanos ... los Grupos Especiales 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".⁴³⁰ A juicio de México, el "mero hecho de que los perfiles de riesgo de otros métodos de pesca en otras zonas del océano puedan ser distintos, o comparativamente más bajos, que el perfil de riesgo de [los lances sobre delfines] en el PTO no significa que las distinciones reglamentarias se 'adapten' en función de los distintos riesgos o niveles de daño globales relativos derivados de los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".⁴³¹ México hace referencia a la afirmación del Órgano de Apelación de que la imparcialidad no solo depende del nivel de riesgo asociado con el método de pesca al que se niega el acceso, sino "también de si los riesgos que llevan consigo otros métodos de pesca en otras pesquerías se abordan, de manera proporcionada a sus respectivos perfiles de riesgo, en las condiciones de etiquetado que se aplican respecto del atún capturado en esas otras pesquerías".⁴³² En opinión de México, los Grupos Especiales no evaluaron "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".⁴³³

6.106. A juicio de los Estados Unidos, el enfoque de México "está directamente en conflicto no solo con el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la [medida sobre el atún], sino también con el análisis que realizó el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento".⁴³⁴ Los Estados Unidos aducen que la cuestión pertinente en el marco del párrafo 1 del artículo 2 es si las diferencias derivadas de las distinciones reglamentarias pertinentes son proporcionadas a los distintos riesgos para los delfines. Según los Estados Unidos, la perfección no es un punto de referencia adecuado en el marco de los acuerdos abarcados. Además, en opinión de los Estados Unidos, la cuestión de si existe una medida que haría una mejor contribución a un objetivo determinado es más pertinente para un análisis con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC que para un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2.⁴³⁵

6.107. Destacamos que México plantea este argumento en apoyo de su opinión de que los Grupos Especiales incurrieron en error en su evaluación de los perfiles de riesgo al basarse en "los lances sobre delfines en el PTO" como "punto de referencia" con el cual comparar los perfiles de riesgo de

⁴²⁷ Específicamente, la evaluación realizada por los Grupos Especiales de la mortalidad y heridas graves observadas, las heridas graves observables y la mortalidad y heridas graves no observadas parece estar basada en pruebas que son específicas del PTO. (Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.279-7.285). Observamos que, en cambio, la conclusión de los Grupos Especiales de que "los lances sobre delfines causan daños no observables" no es específica del PTO y, en consecuencia, se aplica al método de pesca en conjunto. (Véase *ibid.*, párrafo 7.309).

⁴²⁸ Véase *supra*, nota 406.

⁴²⁹ Por ejemplo, con respecto a los daños no observables, los Grupos Especiales hicieron referencia a las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento de que determinados daños no observables "se producen como resultado de la 'propia caza'". (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.286 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.504)). Además, al examinar las pruebas presentadas por las partes, los Grupos Especiales concluyeron que, "como la caza y el cercamiento son elementos esenciales del proceso de efectuar lances sobre delfines, los lances sobre delfines no pueden utilizarse sin crear un riesgo para estos, aunque ese riesgo puede no concretarse en cada lance". (*Ibid.*, párrafo 7.310).

⁴³⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 182.

⁴³¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 181.

⁴³² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 182 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.126). México aduce que "[p]ermidir el acceso a la etiqueta al atún capturado mediante esos métodos en zonas del océano [de alto riesgo] contradice y socava el objetivo de la medida sobre el atún de desalentar las prácticas de pesca que causan efectos perjudiciales a los delfines". (*Ibid.*, párrafo 167).

⁴³³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 183.

⁴³⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 145.

⁴³⁵ Respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

las distintas pesquerías. Sin embargo, según se explica *supra*, los Grupos Especiales no mencionaron el "punto de referencia del PTO" en su análisis.⁴³⁶ Asimismo, sobre la base de nuestro examen de las constataciones de los Grupos Especiales, estos no compararon, o "distingueron", el perfil de riesgo de "los lances sobre delfines en el PTO" y los perfiles de riesgo de todas las demás pesquerías individuales. Por el contrario, los Grupos Especiales compararon el perfil de riesgo de *los lances sobre delfines* como método de pesca (utilizado en cualquier lugar del mundo) con los perfiles de riesgo de otros métodos de pesca (también utilizados en cualquier lugar del mundo), en el contexto del examen de los criterios de admisibilidad⁴³⁷, y compararon el perfil de riesgo de la pesquería de *grandes buques de cerco del PTO* con otras pesquerías individuales en el contexto del examen de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.⁴³⁸ Por lo tanto, los Grupos Especiales no compararon el perfil de riesgo de la pesquería de *lances sobre delfines del PTO* con el perfil de riesgo de otras pesquerías. Puesto que el argumento de México se fundamenta incorrectamente en la afirmación de que los Grupos Especiales compararon "los lances sobre delfines en el PTO" con otras pesquerías, consideramos que es superfluo.

6.108. En cualquier caso, observamos también que el argumento de México indica que los Grupos Especiales incurrieron en error al no evaluar si determinadas *pesquerías* individuales deberían ser inadmisibles para la etiqueta *dolphin safe*. Este argumento parece basarse en el entendimiento de México de que, para adaptarse debidamente, los criterios de admisibilidad previstos en la medida sobre el atún de 2016 deben establecer distinciones sobre la base de cada pesquería. Hemos examinado y rechazado este argumento *supra*.⁴³⁹ Como se ha explicado, la naturaleza del análisis de la adaptación se define en función de la naturaleza de las distinciones reglamentarias establecidas en la propia medida.⁴⁴⁰ Dado que los criterios de admisibilidad distinguen entre los diferentes métodos de pesca, no habría sido adecuado que los Grupos Especiales compararan los perfiles de riesgo de *pesquerías* individuales a los efectos de evaluar si los criterios de admisibilidad previstos en la medida se adaptan debidamente. Por lo tanto, no consideramos que este aspecto de los argumentos de México demuestre que los Grupos Especiales incurrieron en error al comparar el perfil de riesgo de los lances sobre delfines con los perfiles de riesgo de otros *métodos* de pesca en el contexto del examen de los criterios de admisibilidad. Reiteramos asimismo que, al examinar si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación se adaptan debidamente, los Grupos Especiales estaban efectivamente obligados a comparar los perfiles de riesgo de las distintas pesquerías.⁴⁴¹ Examinamos si los Grupos Especiales realizaron debidamente ese análisis en la sección 6.1.5 *infra*.

6.109. Pasando al argumento de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al centrar su análisis en características cualitativas que son exclusivas de los lances sobre delfines en el PTO, con lo cual "profundizaron todavía más" su error al adoptar el "punto de referencia del PTO" único a los fines del análisis de la adaptación⁴⁴², observamos que ese argumento se refiere a las constataciones de los Grupos Especiales sobre los daños no observables con respecto a los "supuestos efectos de estrés en los delfines en el PTO".⁴⁴³ Concretamente, México considera que los Grupos Especiales hicieron hincapié en distintos "tipos" de daños no observables, lo que "hizo que prescindieran de la orientación del Órgano de Apelación en el sentido de que se tengan en cuenta

⁴³⁶ Véase el párrafo 6.103 *supra*.

⁴³⁷ Véase el párrafo 6.67 *supra*. En el contexto de la determinación del perfil de riesgo de *los lances sobre delfines* (en cualquier lugar del mundo), los Grupos Especiales se basaron, en una medida considerable, en pruebas relativas a la utilización de este método de pesca en el PTO en particular. (Véase *supra*, nota 406). No obstante, los Grupos Especiales no *compararon* los lances sobre delfines en el PTO -en cuanto pesquería distinta- con otras pesquerías. Más bien, los Grupos Especiales tuvieron en cuenta pruebas relativas a la pesquería de lances sobre delfines del PTO al evaluar el perfil de riesgo global de los lances sobre delfines, que procedieron a comparar con los perfiles de riesgo globales de otros métodos de pesca.

⁴³⁸ Véase el párrafo 6.67 *supra*. Por pesquería de grandes buques de cerco del PTO se entiende toda la pesca con redes de cerco efectuada en el PTO por grandes buques de cerco, incluso mediante lances sobre delfines y por otros medios.

⁴³⁹ Véase la sección 6.1.3.2 *supra*.

⁴⁴⁰ Véase el párrafo 6.64 *supra*.

⁴⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.165.

⁴⁴² Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 173 y 186.

⁴⁴³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 187 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.310).

los efectos globales de cada método de pesca".⁴⁴⁴ México subraya que, aunque los Grupos Especiales mencionaron los daños causados por la "pesca fantasma" (por la cual las redes agalleras perdidas o descartadas siguen causando daño a la vida marina, incluidos los delfines⁴⁴⁵), concluyeron que esos daños "no son los tipos de daños no observables causados por los lances sobre delfines".⁴⁴⁶

6.110. Como se ha explicado anteriormente, al llevar a cabo su evaluación de los perfiles de riesgo a los efectos del análisis de la adaptación, los Grupos Especiales distinguieron, entre otras cosas, entre el daño *observable* (cualquier tipo de daño que se pueda detectar y notificar) y el daño *no observable* (el tipo de daño respecto del cual no hay pruebas de que se haya producido durante el lance).⁴⁴⁷ En nuestra opinión, establecer distinciones entre distintos tipos de daño no es incompatible *per se* con una evaluación del daño global relativo a los delfines a los efectos del análisis de la adaptación. De hecho, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación también distinguió entre daños observados y daños no observados (los Grupos Especiales hicieron referencia a estos últimos como daños "no observables"⁴⁴⁸) al exponer el desacuerdo de las partes acerca de los riesgos asociados a las diferentes prácticas de pesca.⁴⁴⁹

6.111. Además, las pruebas examinadas por los Grupos Especiales diferían en función del tipo específico de daño que estaba siendo objeto de examen. Con respecto a la mortalidad y las heridas graves "observadas", los Grupos Especiales se inclinaron a examinar pruebas cuantitativas, principalmente en forma de datos por lance, pero también se basaron en otros datos cuando no se disponía de datos por lance.⁴⁵⁰ Dichas pruebas incluían datos cuantitativos en forma de niveles absolutos de mortalidad y heridas graves, así como pruebas cualitativas cuando no se disponía de información cuantitativa.⁴⁵¹ En cambio, como se ha indicado *supra*, al evaluar los daños "no observados pero observables" (en otras palabras, daños que *podrían* haberse detectado durante un lance de pesca, pero no se detectaron), los Grupos Especiales se centraron en el nivel de asociación entre los delfines y el atún como aproximación en cuanto a las pruebas de esos daños no observados.⁴⁵² Por último, al evaluar los daños "no observables", los Grupos Especiales examinaron pruebas que mostraban la medida en que se causa daño a los delfines durante una operación de pesca determinada aun cuando no haya pruebas de que ese daño se ha producido realmente *durante* la propia operación de pesca.⁴⁵³

6.112. Dado que los Grupos Especiales examinaron distintos tipos de pruebas correspondientes a cada "tipo" de daño que examinaron, no consideramos que incurrieran en error meramente por establecer distinciones entre los distintos tipos de daños a los delfines. Recordamos al mismo tiempo que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación censuró al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, y constató que no podía completar el análisis porque dicho Grupo Especial había centrado su análisis exclusivamente en las diferencias en los daños *no observados*, sin comparar los daños *globales* relativos.⁴⁵⁴ Así pues, si en los presentes procedimientos los Grupos Especiales se hubieran centrado exclusivamente en un "tipo" determinado de daño al evaluar los daños globales relativos derivados de los distintos métodos de pesca y pesquerías, tal enfoque no se habría ajustado al carácter del análisis de la adaptación requerido, según lo articuló el Órgano de Apelación. A este respecto, observamos que México pone de relieve las pruebas examinadas por los Grupos Especiales relativas a los daños causados por la "pesca fantasma" en el contexto de la pesca con redes agalleras y con palangre, y sostiene que los Grupos

⁴⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 189 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.152 y 7.155-7.156).

⁴⁴⁵ Véase *supra*, nota 375.

⁴⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 188 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.450 (las cursivas figuran en el original)).

⁴⁴⁷ Véase el párrafo 6.85 *supra* (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 4.245-7.251).

⁴⁴⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.251.

⁴⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.248.

⁴⁵⁰ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.327-7.332 y 7.434.

⁴⁵¹ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.170, 7.310 y 7.514.

⁴⁵² Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.333 y 7.385. Véase también el párrafo 6.85 *supra*.

⁴⁵³ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.289-7.310.

⁴⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.246-7.251.

Especiales "no lleva[ron] a cabo una evaluación comparativa" de tales daños porque consideraron que no son los "tipos" de daños no observables causados por lances sobre delfines.⁴⁵⁵

6.113. Al abordar esta cuestión, recordamos que los Grupos Especiales constataron que "los lances sobre delfines" causan daños no observables como la separación de madres y crías, posibles lesiones musculares derivadas de la persecución, fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo y otras consecuencias perjudiciales para la salud de los delfines, como el estrés agudo continuo.⁴⁵⁶ Los Grupos Especiales constataron que ningún otro método de pesca entraña daños no observables similares.⁴⁵⁷ Señalamos además que los Grupos Especiales analizaron específicamente el efecto de la pesca fantasma.⁴⁵⁸ Los Grupos Especiales consideraron en definitiva que los daños que entraña la pesca fantasma para los delfines eran efectivamente pertinentes para su evaluación del perfil de riesgo de la pesca con redes agalleras, pero que tales daños eran de carácter observable en tanto en cuanto son el resultado de la interacción con el arte de pesca. Los Grupos Especiales explicaron que, si bien los daños derivados de la pesca fantasma podrían no ser observados, ello "no cambia la naturaleza observable de tales daños", y que los daños que entraña la pesca fantasma "no son los tipos de daños no observables causados por los lances sobre delfines", porque estos últimos "[p]ueden infligirse incluso en casos en los que ningún delfín queda preso en la red o en los que cualquier delfín capturado en la red es liberado sin ninguna herida aparente".⁴⁵⁹ Los Grupos Especiales consideraron no obstante, con respecto a los "daños observables a los delfines", que "la pesca con redes agalleras entraña altos niveles de daños observables a los delfines en determinadas zonas del océano, pero no entraña los mismos daños en otras zonas".⁴⁶⁰ Los Grupos Especiales consideraron que las mismas consideraciones se aplicaban respecto de la pesca fantasma en el contexto de la pesca con palangre⁴⁶¹ y concluyeron, con respecto a los daños observables causados por la pesca con palangre, que "los delfines pueden sufrir un cierto grado de mortalidad y heridas graves observables como resultado de la pesca con palangre en algunas pesquerías".⁴⁶² Posteriormente, al evaluar si las distinciones reglamentarias previstas en la medida sobre el atún de 2016 se adaptan en función de los diferentes riesgos para los delfines, los Grupos Especiales tuvieron en cuenta todos los tipos de daños pertinentes al evaluar y comparar los distintos perfiles de riesgo.

6.114. A nuestro juicio, el análisis realizado por los Grupos Especiales es compatible con la prescripción de que evalúen los "riesgos globales relativos" para los delfines derivados de los distintos métodos de pesca utilizados en distintas zonas del océano. Concretamente, los Grupos Especiales tuvieron en cuenta la pesca fantasma en el contexto de la pesca con redes agalleras y con palangre, y destacaron que determinadas pesquerías con redes agalleras plantean un riesgo especialmente elevado para los delfines, y que determinadas pesquerías de palangre causan mortalidad y heridas graves observables a los delfines. Los Grupos Especiales examinaron también daños observables similares a los delfines causados por los lances sobre delfines, así como daños no observables. Se basaron en toda esa información al comparar los perfiles de riesgo de los lances sobre delfines con otros métodos de pesca. Consideramos por lo tanto que los Grupos Especiales tuvieron en cuenta todos los tipos de daños pertinentes al realizar una evaluación de los riesgos globales relativos derivados de los distintos métodos de pesca utilizados en distintas pesquerías, antes de llegar a una conclusión general acerca del perfil de riesgo de cada método de pesca.

6.115. Señalamos brevemente que ciertos aspectos de los argumentos de México se refieren únicamente a la apreciación de las pruebas que hicieron los Grupos Especiales en su función de determinación de los hechos. Específicamente, en la medida en que México considera que "los Grupos Especiales se basaron [en] hipótesis especulativas" y que "no hay pruebas concluyentes de que los lances sobre delfines ... causen un nivel importante de estrés a los delfines"⁴⁶³, consideramos que esos aspectos de los argumentos de México se refieren a la apreciación de las pruebas por los Grupos Especiales.⁴⁶⁴ Al no haber ninguna alegación al amparo del artículo 11

⁴⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 188.

⁴⁵⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.309.

⁴⁵⁷ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.525.

⁴⁵⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.447-7.450.

⁴⁵⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.450 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.134). (las cursivas figuran en el original)

⁴⁶⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.444.

⁴⁶¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.480.

⁴⁶² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.475.

⁴⁶³ Comunicación del apelante presentada por México, nota 231 al párrafo 187.

⁴⁶⁴ Véase *supra*, nota 405.

del ESD, consideramos que esos argumentos conciernen a cuestiones que no están comprendidas en el ámbito de la presente apelación.

6.116. Sobre la base de lo anterior, no consideramos que México haya demostrado que los Grupos Especiales se basaran en el perfil de riesgo de los lances sobre delfines en el PTO como punto de referencia con el cual evaluar los distintos métodos de pesca. Además, no consideramos que México haya demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al distinguir entre distintos tipos de daños a los delfines.

6.1.4.4 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse principalmente en datos por lance y excluir otros factores pertinentes

6.117. Pasamos ahora a los argumentos de México relativos a los factores o el método en que se basaron los Grupos Especiales al evaluar los riesgos de daño para los delfines. México aduce que, aunque los Grupos Especiales obraron correctamente al basarse en datos por lance para evaluar los riesgos globales relativos para los delfines, el análisis que realizaron fue incompleto.⁴⁶⁵ A juicio de México, "[t]odos los factores que influyen en que la medida alcance sus objetivos deben ser incluidos" para medir debidamente los riesgos para los delfines.⁴⁶⁶ México afirma que los Grupos Especiales omitieron incorrectamente en su evaluación: i) el efecto de los métodos de pesca de atún en la sostenibilidad de las poblaciones de delfines mediante datos relativos a la Eliminación biológica potencial (EBP); ii) datos con respecto a la mortalidad y las heridas graves absolutas de delfines en zonas del océano; y iii) datos concernientes a los riesgos que crean, en determinadas zonas del océano, la supervisión reglamentaria insuficiente, las declaraciones que no son fiables, la pesca INDNR y/o el transbordo en el mar.⁴⁶⁷

6.118. Los Estados Unidos aducen que los Grupos Especiales hicieron lo correcto al no basarse en los datos a que se refiere México.⁴⁶⁸ En opinión de los Estados Unidos, ninguna prueba respalda los argumentos de México concernientes a los datos por lance y, en todo caso, tales argumentos guardan relación con la apreciación de las pruebas que hicieron los Grupos Especiales y por lo tanto no están comprendidos en el alcance de esta apelación al no haber una alegación al amparo del artículo 11 del ESD.⁴⁶⁹ Los Estados Unidos sostienen también que el enfoque adoptado por los Grupos Especiales con respecto a las pruebas sobre EBP, y a los niveles absolutos de mortalidad y heridas graves, fue conforme al enfoque adoptado por el Órgano de Apelación en procedimientos anteriores en la presente diferencia.⁴⁷⁰ Consideran asimismo que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al no tener en cuenta la falta de supervisión reglamentaria o los riesgos de que la certificación y el seguimiento sean inexactos, al evaluar los riesgos para los delfines.⁴⁷¹

6.119. Como cuestión inicial, observamos que los argumentos de México concernientes al hecho de que los Grupos Especiales se basaron en datos por lance han evolucionado durante estos procedimientos de apelación. En su comunicación del apelante, México adujo que el recurso de los Grupos Especiales a datos por lance fue incoherente, porque los Grupos Especiales prescindieron de esos datos en los casos de las pesquerías con redes agalleras y la pesca de arrastre, y recurrieron a una "muestra muy pequeña como base para [su] análisis del perfil de riesgo de la pesca con redes agalleras".⁴⁷² México también afirmó que "[d]e modo similar, aunque reconocieron que el resultado de la pesca de arrastre ha sido una mortalidad de delfines importante, y aunque identificaron una pesquería con redes de arrastre con una cifra por 1.000 lances muy superior a la del PTO, [los Grupos Especiales] se basaron en información anecdótica para concluir que la pesca de arrastre tiene un perfil de riesgo 'bajo a medio'".⁴⁷³ En la audiencia, México aclaró que, en su opinión, los Grupos

⁴⁶⁵ Respuestas de México a preguntas formuladas en la audiencia.

⁴⁶⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 193. Véase también *ibid.*, párrafos 192 y 194.

⁴⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 194.

⁴⁶⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 151-203.

⁴⁶⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 162-174.

⁴⁷⁰ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 177-194 y 197-198.

⁴⁷¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 202.

⁴⁷² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 200.

⁴⁷³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 200. Los Estados Unidos aducen que esos aspectos de los argumentos de México conciernen a la apreciación de los hechos por los Grupos Especiales y que, en cualquier caso, los Grupos Especiales examinaron datos por lance correspondientes a la pesca de arrastre y, respecto de la pesca con redes agalleras, los Grupos Especiales se basaron en datos por lance en la

Especiales no habían incurrido en error al incluir datos por lance en su evaluación, y examinaron todas las pruebas relativas a los datos por lance. México adujo que, más bien, los Grupos Especiales habían incurrido en error al *excluir* otros factores pertinentes, y que, para aplicar debidamente el análisis de la adaptación, una evaluación de los riesgos para los delfines debería tener en cuenta todos los factores pertinentes, a fin de captar todos los aspectos de los efectos perjudiciales en los delfines.⁴⁷⁴

6.120. A nuestro juicio, las aclaraciones de México en la audiencia indican que no está impugnando el recurso de los Grupos Especiales a pruebas por lance *per se*. Por lo tanto, no consideramos necesario abordar los argumentos de México concernientes a los supuestos errores en el recurso de los Grupos Especiales a pruebas por lance. En cualquier caso, en la medida en que México continúa afirmando que los Grupos Especiales "prescindieron" de determinadas pruebas, o que el "tamaño de la muestra" de los Grupos Especiales era demasiado pequeño con respecto a un método de pesca determinado, consideramos que esos argumentos se refieren a la apreciación de las pruebas por los Grupos Especiales. México no ha alegado que la evaluación que hicieron los Grupos Especiales de los datos por lance fuera incompatible con la obligación que les imponía el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto que se les había sometido. En consecuencia, entendemos que los argumentos relativos a esa alegación no están comprendidos en el alcance de la presente apelación.

6.121. Por consiguiente, abordamos por orden los argumentos de México de que, *además de* examinar pruebas por lance, los Grupos Especiales también deberían haber tenido en cuenta: i) pruebas relativas a los riesgos para las poblaciones de delfines en determinadas zonas del océano; ii) pruebas de los niveles absolutos de daños a los delfines en determinadas zonas del océano; y iii) pruebas concernientes a la falta de supervisión reglamentaria suficiente en determinadas zonas del océano.⁴⁷⁵ Señalamos a este respecto que México no aduce en apelación que los Grupos Especiales actuaran de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al realizar su evaluación de los distintos perfiles de riesgo.⁴⁷⁶ En ausencia de tal alegación, limitamos nuestro análisis *infra* a la cuestión de si México ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieron en error en la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC al hacer su evaluación de los distintos perfiles de riesgo.

6.1.4.4.1 Riesgos para las poblaciones de delfines

6.122. México aduce que, además de examinar pruebas por lance, los Grupos Especiales también deberían haber tenido en cuenta pruebas concernientes a la sostenibilidad de los delfines en determinadas zonas del océano, concretamente pruebas que reflejaban los niveles EBP. México observa que los niveles EBP indican el "número máximo de animales, sin incluir la mortalidad natural, que pueden eliminarse de una población de animales (como los delfines) permitiendo al mismo tiempo que esa población alcance o mantenga su nivel óptimo sostenible".⁴⁷⁷ A juicio de México, los Grupos Especiales incurrieron en error al no tener en cuenta pruebas sobre EBP que muestran los elevados riesgos para las poblaciones de delfines en determinadas zonas del océano, porque, en opinión de México, esos riesgos para las poblaciones de delfines son pertinentes a la evaluación de los perfiles de riesgo globales relativos de determinadas pesquerías.⁴⁷⁸ México considera que esa opinión encuentra apoyo en las constataciones del Grupo Especial inicial concernientes a los efectos perjudiciales en los delfines⁴⁷⁹, las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento

medida de lo posible y recurrieron a otras pruebas cuando no había datos por lance disponibles. (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 167-173 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.433-7.434, 7.441-7.443 y 7.489-7.494)).

⁴⁷⁴ Respuesta de México a preguntas formuladas en la audiencia.

⁴⁷⁵ En la audiencia, México aclaró que aduce que las pruebas sobre EBP deberían haber sido tenidas en cuenta además de las pruebas por lance, y que todos los factores pertinentes deberían haber sido tenidos en cuenta.

⁴⁷⁶ México sí plantea una alegación al amparo del artículo 11 del ESD relativa a la evaluación por los Grupos Especiales de la cuestión de si la medida sobre el atún de 2016 se adapta adecuadamente en función de los distintos riesgos para los delfines. Nos ocupamos de esa alegación en la sección 6.1.5.4 *infra*.

⁴⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 202 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.184 y nota 328 a dicho párrafo).

⁴⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 202 y 211.

⁴⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 207 y 209 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.419, 7.420, 7.433, 7.485-7.486, 7.490, 7.550-7.552, 7.562, 7.574, 7.600, 7.621, 7.718 y 7.726).

concernientes al objetivo de la medida⁴⁸⁰ y el diseño y la estructura de la medida sobre el atún de 2016.⁴⁸¹

6.123. A juicio de los Estados Unidos, la decisión de los Grupos Especiales de prescindir de las pruebas sobre EBP fue conforme tanto con el diseño y la estructura de la medida como con las constataciones pertinentes previas de Grupos Especiales anteriores y del Órgano de Apelación en la presente diferencia.⁴⁸² Los Estados Unidos destacan, y coinciden con, la constatación de los Grupos Especiales de que el objetivo de la medida es principalmente proteger a los ejemplares de delfines, y de que el método EBP se centra en el efecto que tiene la mortalidad de delfines en una población de delfines, más que en la probabilidad real de que los delfines sufran efectos perjudiciales.⁴⁸³ En la medida en que la sostenibilidad de los delfines pueda ser un objetivo de la medida, los Estados Unidos mantienen que es indirecto (es decir, "que obedece a la relación entre la reducción de los 'efectos perjudiciales' para los ejemplares de delfines y la conservación de las poblaciones de delfines").⁴⁸⁴ Los Estados Unidos sostienen que los Grupos Especiales explicaron plenamente su decisión de no basarse en un método EBP⁴⁸⁵, y aducen que México no ha impugnado al amparo del artículo 11 del ESD la constatación de hecho de los Grupos Especiales de que la medida en litigio se ocupa en mayor grado de los riesgos para los ejemplares de delfines que de los riesgos para las poblaciones de delfines.⁴⁸⁶

6.124. Los Grupos Especiales constataron que las pruebas sobre EBP muestra "el número máximo posible de animales, en este caso delfines, que pueden eliminarse de una población de animales sin afectar a la población o a su sostenibilidad".⁴⁸⁷ Los Grupos Especiales consideraron que un método EBP es "adecuad[o] en el contexto de políticas que afectan a la sostenibilidad de las poblaciones de mamíferos marinos y donde se tolera un determinado nivel de mortalidad o heridas graves".⁴⁸⁸ Estimaron que "no hay ninguna indicación concreta de que la medida sobre el atún se ocupe directamente de la protección de los niveles de población de los delfines" y que, si bien "la mortalidad o las heridas graves sufridas por ejemplares de delfines también pueden tener consecuencias en el nivel de la población[,] ... [s]in embargo, eso no es directamente pertinente para las constataciones que formular[ían] sobre los niveles globales de riesgos relativos que representan para los delfines distintos métodos de pesca en diferentes zonas del océano".⁴⁸⁹ Los Grupos Especiales destacaron que "[a]l permitir la existencia de algunas muertes de delfines y centrarse principalmente en los niveles de la población, el método EBP da prioridad a la sostenibilidad de la población y no al bienestar de los ejemplares de delfines", algo que sería "difícil de conciliar con los objetivos de la medida sobre el atún".⁴⁹⁰ Observaron también que "la arquitectura de la medida ... según sus propios términos se ocupa de la mortalidad y las heridas graves de los

⁴⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 210 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.528, donde a su vez se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.485-7.486).

⁴⁸¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 212-213.

⁴⁸² Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 177-184.

⁴⁸³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 178 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.186-7.190 y 7.473). Los Estados Unidos señalan que, en el marco de un método EBP, "una cifra muy elevada de muertes de delfines en una pesquería podría ser tolerada mientras que unos niveles *de minimis* en otra se consideran inaceptables". (*Ibid.*). Los Estados Unidos subrayan las constataciones del Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento de que el análisis de la adaptación se refiere a "la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las distintas pesquerías". (*Ibid.*, párrafo 179 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.157, donde se hace referencia a los párrafos 7.101, 7.110, 7.122, 7.157, 7.162, 7.239, 7.245-7.251, 7.288, 7.325 y 7.330)). En opinión de los Estados Unidos, la referencia que hizo el Grupo Especial inicial a las "poblaciones de delfines" debe interpretarse en el sentido de que se refiere a "los riesgos para los grupos de delfines en distintas zonas", más que a los riesgos para las poblaciones de delfines, y las constataciones pertinentes del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial lo "confirman". (*Ibid.*, párrafos 181-182).

⁴⁸⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 183 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.419-7.420, 7.485-7.486, 7.490, 7.550-7.551 y 7.528).

⁴⁸⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 185-189 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.186, 7.188-7.189, 7.469 y 7.473).

⁴⁸⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 191-192 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.186-7.187).

⁴⁸⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.184.

⁴⁸⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.184.

⁴⁸⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.186.

⁴⁹⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.188.

ejemplares de delfines, sobre la base de cada lance, y no de la sostenibilidad global de las poblaciones de delfines".⁴⁹¹

6.125. Observamos que México no ha formulado ninguna alegación al amparo del artículo 11 del ESD en relación con la apreciación de los hechos por los Grupos Especiales, y que ha aclarado que su argumento con respecto a las pruebas sobre EBP se refiere a la omisión por los Grupos Especiales de un "factor"⁴⁹² o "método"⁴⁹³ pertinentes en su evaluación de los perfiles de riesgo. La cuestión jurídica que tenemos ante nosotros es por lo tanto si los Grupos Especiales incurrieron en error en su aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC al abstenerse de tener en cuenta pruebas sobre EBP cuando evaluaron y compararon los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca y distintas pesquerías a los efectos del análisis de la adaptación.

6.126. Recordamos que, para realizar debidamente el análisis de la adaptación, los Grupos Especiales estaban obligados a evaluar los riesgos globales relativos de los distintos métodos de pesca y las distintas pesquerías.⁴⁹⁴ Además, la finalidad de ese análisis era evaluar si el efecto perjudicial de la medida sobre el atún de 2016 se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Como pone de manifiesto nuestro análisis *supra*, la naturaleza de las distinciones reglamentarias pertinentes que causan el efecto perjudicial informa la naturaleza del análisis de la adaptación, incluidos los "riesgos" pertinentes que han de ser evaluados.⁴⁹⁵

6.127. De conformidad con la medida sobre el atún de 2016, un producto de atún no puede acceder a la etiqueta si contiene atún "capturado en un lance o empleo de artes en que se dio muerte o hirió gravemente a delfines".⁴⁹⁶ Además, la medida sobre el atún de 2016 "se aplica en general sobre la base de cada empleo de artes en lo que respecta a la frecuencia con que los capitanes tienen que expedir certificaciones no *dolphin safe* o con qué frecuencia el atún que no es *dolphin safe* se tiene que separar del que sí lo es".⁴⁹⁷ Así pues, las distinciones reglamentarias pertinentes establecidas por la propia medida se aplican sobre la base de cada lance. Estamos de acuerdo con los Grupos Especiales, sobre la base del diseño y la estructura de la medida, en que la etiqueta *dolphin safe* se ocupa del bienestar de los ejemplares de delfines, y en que el diseño y la estructura de las distinciones reglamentarias pertinentes ponen de manifiesto que los riesgos pertinentes para los delfines, a los efectos del análisis de la adaptación, son los riesgos de que se dé muerte o se hiera gravemente a ejemplares de delfines en el proceso de pesca.⁴⁹⁸

6.128. Tomamos nota del argumento de México de que la caracterización de la medida sobre el atún que hicieron los Grupos Especiales en el sentido de que "'se refiere principalmente a los riesgos a que se enfrentan los delfines a nivel individual, más que a nivel de las poblaciones', queda rotundamente contradicha por la propia medida".⁴⁹⁹ En opinión de México, ello se debe a que la medida sobre el atún de 2016 contemplaba expresamente que la prohibición del uso de la etiqueta *dolphin safe* para el atún obtenido a partir de lances sobre delfines podría ser eliminada tras "una evaluación de los posibles efectos de los lances sobre delfines en las poblaciones de delfines del PTO".⁵⁰⁰ Sin embargo, a nuestro juicio, la interpretación de la medida por los Grupos Especiales

⁴⁹¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.190.

⁴⁹² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 202.

⁴⁹³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 204.

⁴⁹⁴ Véase, por ejemplo, el párrafo 6.81 *supra*.

⁴⁹⁵ Véase, por ejemplo, el párrafo 6.64 *supra*.

⁴⁹⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.190.

⁴⁹⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.213.

⁴⁹⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.190. Los Grupos Especiales también explicaron que la medida sobre el atún de 2016 se ocupa de "la protección del bienestar de los delfines y de informar a los consumidores de si el atún utilizado en la producción de determinados productos de atún fue capturado en un lance que perjudicó a los delfines". (*Ibid.*, párrafo 7.186).

⁴⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 214 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.473). (no se reproducen las cursivas)

⁵⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 214 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.16). El artículo 1385(g) de la DPCIA establece que el Secretario de Comercio formulará una constatación acerca de si los lances sobre delfines "tienen efectos perjudiciales importantes en alguna población de delfines sujeta a agotamiento en el [PTO]". El artículo 1385(h)(2) establece además que las prescripciones en materia de certificación relativas al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO son inaplicables si el Secretario de Comercio determina que los lances sobre delfines no tienen efectos perjudiciales importantes en una población de delfines sujeta a agotamiento en el PTO. (Véanse el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 2.16; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), nota 127 al párrafo 6.9. Véase también la DPCIA

en el sentido de que "se refiere principalmente a los riesgos a que se enfrentan los delfines a nivel individual"⁵⁰¹ no indica que los riesgos para las poblaciones de delfines no sean pertinentes, ni que la medida sobre el atún de 2016 no se ocupe, al menos indirectamente, de la protección de las poblaciones de delfines. No vemos motivo alguno para disentir de las constataciones de los Grupos Especiales de que "la mortalidad o las heridas graves sufridas por ejemplares de delfines también pueden tener consecuencias en el nivel de la población".⁵⁰² Recordamos las constataciones del Grupo Especial inicial de que "los efectos perjudiciales en los delfines contra los que se dirigen las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*, tal como los describe ese país, están relacionados con la mortalidad y las heridas graves observadas y no observadas en ejemplares de delfines durante las operaciones de pesca de atún" y de que "los objetivos estadounidenses incorporan asimismo, por lo menos indirectamente, consideraciones relativas a la conservación de las poblaciones de delfines".⁵⁰³ Sobre esa base, tampoco estamos de acuerdo con el argumento de México de que, como las etiquetas *dolphin safe* se conceden con arreglo a condiciones que tienen en cuenta principalmente los riesgos para los ejemplares de delfines, se induce a error y se engaña a los consumidores acerca de si el atún que compran se capturó o no de una manera que amenaza o pone en peligro a las poblaciones de delfines.⁵⁰⁴

6.129. Recordamos el argumento de México de que, si la medida se ocupa verdaderamente de la protección de ejemplares de delfines, cualquier "método de pesca que pueda causar daño a un delfín debería ser inadmisibles" para la etiqueta *dolphin safe*.⁵⁰⁵ Como se explica *supra*, consideramos que la medida sobre el atún de 2016 no infringe el párrafo 1 del artículo 2 si las distinciones reglamentarias pertinentes que dan lugar al efecto perjudicial se "adaptan" debidamente en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.⁵⁰⁶ Además, si se demuestra que las distinciones se adaptan en función de los distintos riesgos para los delfines, ello indicaría también que esas distinciones tienen una relación racional con los objetivos de la medida, y por lo tanto pueden contribuir a ellos.⁵⁰⁷ En nuestra opinión, el hecho de que la medida sobre el atún de 2016 otorgue una etiqueta *dolphin safe* a determinados métodos de pesca que pueden causar daño a un delfín no significa que dicha medida no se ocupe de informar a los consumidores de los riesgos para los ejemplares de delfín.

6.130. Por lo tanto, estamos de acuerdo con los Grupos Especiales en que la cuestión esencial a los fines de evaluar la adaptación de la medida sobre el atún de 2016 es si las distinciones reglamentarias pertinentes se adaptan en función de los distintos riesgos de que se dé muerte o se hiera gravemente a delfines en el proceso de captura del atún.⁵⁰⁸ No se discute que las pruebas sobre EBP *no* revelan la probabilidad de que se dé muerte o se hiera gravemente a delfines en una operación de pesca concreta.⁵⁰⁹ Más bien, indican el número de delfines que puede eliminarse con seguridad sin poner en peligro la sostenibilidad de la población de delfines en su conjunto.

6.131. Recordamos que, ante los Grupos Especiales, México sostuvo que los Grupos Especiales deberían haber adoptado el método EBP, *en lugar del* método por lance, al evaluar los riesgos para los delfines.⁵¹⁰ En apelación, México reconoce la utilidad de las pruebas por lance cuando la

(Pruebas documentales MEX-1 y USA-1 presentadas a los Grupos Especiales)). Como se indica en el párrafo 5.10 *supra*, aunque el Secretario de Comercio formuló dicha determinación, esta quedó revocada por la decisión judicial en el caso *Hogarth*.

⁵⁰¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.473. (no se reproducen las cursivas)

⁵⁰² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.186.

⁵⁰³ Informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.486. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento también constató que "hay una vinculación esencial e indisoluble entre la protección de los delfines a escala individual y la 'recuperación de [una] especie amenazada', porque solo mediante la protección de los ejemplares de delfines se puede proteger, recuperar y mantener a una población". (Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.527 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.89)).

⁵⁰⁴ Respuesta de México a preguntas formuladas en la audiencia.

⁵⁰⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 216.

⁵⁰⁶ Véase el párrafo 6.36 *supra*.

⁵⁰⁷ Véase el párrafo 6.74 *supra*.

⁵⁰⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.186.

⁵⁰⁹ En cambio, las pruebas por lance, que ponen de manifiesto el riesgo de que un delfín sufra daños en cualquier *lance individual*, son por supuesto una medición pertinente y útil del riesgo de que se dé muerte o se hiera gravemente a los delfines en el proceso de pesca. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.204).

⁵¹⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.175 (donde se afirma que "[a] juicio de México, la utilización del método EBP reflejaría todos los factores pertinentes que los Grupos Especiales tienen que tener en cuenta").

mortalidad de delfines por lance es elevada, pero impugna el recurso de los Grupos Especiales a las pruebas por lance cuando las pruebas sobre EBP indican que incluso un nivel bajo de mortalidad por lance pondría en peligro la población de delfines de una pesquería.⁵¹¹ Sin embargo, México no ha explicado de qué modo el recurso a las pruebas sobre EBP en esas circunstancias guarda relación con, o revela, los riesgos reales de que se dé muerte o se hiera gravemente a delfines en el proceso de pesca. Así pues, como señalaron los Grupos Especiales, basarse en pruebas sobre EBP habría tenido como resultado una evaluación de un tipo de riesgo para los delfines *diferente* de los riesgos sobre los cuales la medida trata de informar a los consumidores.⁵¹² Por consiguiente, coincidimos con la evaluación de los Grupos Especiales de que el método EBP da prioridad a la sostenibilidad de la población de una manera que habría impedido a los Grupos Especiales evaluar adecuadamente si la medida se adapta en función de los distintos riesgos de que se dañe o dé muerte a un delfín en el proceso de pesca, y de que "el método EBP [no] es fácilmente compatible con el diseño y estructura de la medida sobre el atún de 2016".⁵¹³

6.132. México mantiene también que su posición está en consonancia con la declaración del Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento de que "[n]o exclu[ía] que la referencia a ... indicadores objetivos [como las pruebas sobre EBP] pueda ayudar en la evaluación de si las diferencias de reglamentación en el trato de las distintas pesquerías se pueden explicar sobre la base de que dicho trato se adecue a los riesgos relativos para los delfines derivados de métodos de pesca diferentes en distintas zonas de los océanos, o guarde proporción con ellos".⁵¹⁴ En esta declaración del Órgano de Apelación, en la que se reconocía la posible pertinencia de las pruebas sobre EBP, no se afirma que un grupo especial deba basarse necesariamente en tales pruebas como indicador objetivo o medio de evaluar si la medida se adapta debidamente. Por el contrario, el Órgano de Apelación evitó adoptar una posición sobre esa cuestión, y explicó que un grupo especial debe basarse en pruebas que reflejen indicadores objetivos apropiados al evaluar los riesgos para los delfines. En nuestra opinión, los Grupos Especiales explicaron adecuadamente su decisión de recurrir principalmente a pruebas por lance, y no a pruebas sobre EBP, de conformidad con la orientación del Órgano de Apelación de que hay que basarse en indicadores objetivos.

6.133. Además, recordamos la afirmación de México de que los Grupos Especiales incluyeron arbitrariamente en su análisis "daños no observables 'cuya realización no puede establecerse de forma concluyente'" y excluyeron "daños medidos y realizados que amenazan la sostenibilidad de poblaciones completas de delfines en zonas de los océanos".⁵¹⁵ Consideramos que los "daños medidos y realizados" adecuados que los Grupos Especiales estaban *obligados* a tener en cuenta eran los riesgos de daño a ejemplares de delfines (es decir, la mortalidad y las heridas graves), que los Grupos Especiales *sí* tuvieron en cuenta al basarse en pruebas por lance.⁵¹⁶ En el mismo sentido, también discrepamos de la afirmación de México de que los Grupos Especiales no explicaron cómo podía no considerarse que el uso de un método de pesca que causa o amenaza causar la desaparición de poblaciones de delfines "tiene efectos perjudiciales en los delfines".⁵¹⁷ Más bien, los Grupos Especiales reconocieron expresamente "que la mortalidad o las heridas graves sufridas por ejemplares de delfines también pueden tener consecuencias en el nivel de la población".⁵¹⁸ Asimismo, según se ha indicado antes, estamos de acuerdo con los Grupos Especiales en que la protección de ejemplares de delfines puede en efecto contribuir a la conservación de las poblaciones de delfines.

6.134. Por esas razones, consideramos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error en la aplicación del párrafo 1 del artículo 2 al no tener en cuenta pruebas sobre EBP cuando evaluaron los riesgos globales relativos para los delfines de los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Esto no quiere dar a entender que los Grupos Especiales no tomaron en consideración los riesgos para las poblaciones de delfines. Entendemos en cambio que los Grupos Especiales consideraron que la medida sobre el atún de 2016 trata de proteger a las

⁵¹¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 215; respuestas de México a preguntas formuladas en la audiencia.

⁵¹² Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.186-7.190.

⁵¹³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.190.

⁵¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), nota 827 al párrafo 7.251.

⁵¹⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 212 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.544).

⁵¹⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.186-7.191, 7.204-7.214 y 7.251.

⁵¹⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 213.

⁵¹⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.186.

poblaciones de delfines protegiendo a los ejemplares de delfines y, en consecuencia, su análisis se centró en pruebas que mostraban los riesgos de que se dañe o dé muerte a ejemplares de delfines en el proceso de pesca. A nuestro juicio, este enfoque es compatible con la naturaleza del análisis de la adaptación que debían llevar a cabo los Grupos Especiales.

6.1.4.4.2 Niveles absolutos de efectos perjudiciales

6.135. México aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error al no comparar los niveles absolutos de mortalidad y heridas graves de delfines en distintas pesquerías. Explica que, en pesquerías donde se producen muchos lances, los efectos perjudiciales "globales" quedarán "ocultos" por los datos por lance, de modo que "el atún capturado en una zona del océano en que la pesca de atún causa decenas de miles de muertes al año puede ser considerado admisible para la etiqueta *dolphin safe*".⁵¹⁹ Para México, esos niveles absolutos de efectos perjudiciales constituyen los "efectos perjudiciales globales para los delfines" correspondientes al método/zona de pesca".⁵²⁰ México aduce que "las prácticas de pesca en esas zonas del océano deben ser desalentadas"⁵²¹, y que "la omisión de esos efectos perjudiciales globales contradice los dos objetivos de la medida".⁵²²

6.136. A juicio de los Estados Unidos, la comparación de los niveles absolutos de efectos perjudiciales no tiene en cuenta los daños no observables, y no "contextualiza" los efectos perjudiciales para los delfines en distintas pesquerías", habida cuenta de los distintos tamaños y niveles de esfuerzo de las pesquerías.⁵²³ Los Estados Unidos explican que "se compararía directamente una pesquería con unos pocos buques con una pesquería que comprende miles de buques", y que "las cifras 'absolutas' de mortalidad de delfines podrían ser mayores en la segunda pesquería, aun cuando casi nunca se diera muerte o siquiera se avistara a delfines en la pesquería, debido sencillamente a su mucho mayor tamaño".⁵²⁴ Señalan también que México no ha "definido o explicado en ningún momento qué 'regiones del océano' o 'pesquerías' deberían ser evaluadas", pero ha "comparado sistemáticamente la mortalidad de delfines causada por 80-90 buques que efectúan lances sobre delfines con la causada por miles de otros buques en todo el mundo", lo que distorsiona "indebidamente" la comparación, puesto que los lances sobre delfines "han sido prohibidos en casi todos los lugares del mundo".⁵²⁵

6.137. Observamos como cuestión inicial que los Grupos Especiales no excluyeron por completo las pruebas sobre los niveles absolutos de mortalidad y heridas graves de delfines. Más bien, decidieron basarse en tales pruebas al evaluar determinados métodos de pesca y pesquerías cuando consideraron que no había pruebas por lance disponibles.⁵²⁶ Por otra parte, México no ha identificado ninguna prueba concreta sobre los niveles absolutos de mortalidad o heridas graves de la que prescindieran los Grupos Especiales. Observamos también que al calcular los niveles de daños por cada lance se tienen en cuenta necesariamente los niveles absolutos de daños, como parte del cálculo.⁵²⁷ Por lo tanto, entendemos que el argumento de México no se refiere al "rechazo" de esas pruebas "absolutas" por los Grupos Especiales, sino a la decisión de estos de basarse en pruebas por lance, en lugar de pruebas absolutas, como su *método principal* con el cual evaluar y comparar los riesgos para los delfines.⁵²⁸

⁵¹⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 218.

⁵²⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 218.

⁵²¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 218.

⁵²² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 219.

⁵²³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 198 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.195).

⁵²⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 198.

⁵²⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 199. (no se reproduce la nota de pie de página)

⁵²⁶ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.434, 7.438, 7.441 y 7.467.

⁵²⁷ Como explicaron los Grupos Especiales, "una comparación por lance o por empleo de artes conlleva calcular el promedio de algunos de los indicadores pertinentes identificados en el párrafo 7.169 [de los informes de los Grupos Especiales], que incluyen la mortalidad, las heridas graves y las interacciones observadas, por el número de operaciones del arte de pesca usado en una pesquería concreta en un período determinado". (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.204)

⁵²⁸ México no ha aducido que la apreciación de las pruebas que hicieron los Grupos Especiales fuera incompatible con el artículo 11 del ESD, y por consiguiente procedemos evaluando únicamente si el hecho de que los Grupos Especiales se basaran principalmente en pruebas por lance fue incompatible con el criterio jurídico previsto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

6.138. Los Grupos Especiales decidieron no basarse principalmente en pruebas sobre los niveles absolutos de mortalidad y heridas graves de delfines, sobre la base de que:

[E]se método no se ocuparía necesariamente de la cuestión de cómo comparar los niveles de efectos perjudiciales en los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, ni los contextualizaría teniendo en cuenta el alcance e intensidad relativos en que se emplean diferentes métodos de pesca, de modo que se pueda hacer una evaluación de *elementos homogéneos* respecto del carácter perjudicial relativo de distintos métodos de pesca que se utilizan en diferentes zonas de los océanos.⁵²⁹

6.139. Según se ha explicado *supra*⁵³⁰, la evaluación de si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige un análisis de los riesgos globales *relativos* para los delfines.⁵³¹ Por lo tanto, los Grupos Especiales estaban obligados a utilizar un criterio cuantitativo, o método, que permitiera una comparación apropiada de los riesgos para los delfines entre las distintas pesquerías. Habida cuenta del carácter *relativo* de la comparación que debía hacerse, estamos de acuerdo con los Grupos Especiales en que cualquier comparación de los riesgos para los delfines en distintas pesquerías de atún debería, en principio, ser una comparación de "elementos homogéneos", de modo que se tengan debidamente en cuenta las diferencias pertinentes entre las pesquerías.⁵³² Señalamos también las constataciones de los Grupos Especiales de que "el alcance e intensidad relativos en que se emplean diferentes métodos de pesca" varían de una pesquería a otra.⁵³³

6.140. Los Grupos Especiales consideraron que los datos que reflejan la cifra de mortalidad o heridas graves absolutas de delfines en una pesquería particular no tienen en cuenta tales diferencias. A juicio de los Grupos Especiales, los niveles absolutos de mortalidad o heridas graves arrojan una cifra que es independiente de las características específicas de la pesquería (por ejemplo, el número de operaciones de pesca realizadas al año en esa pesquería).⁵³⁴ Los Grupos Especiales afirmaron que "ese método no [permitiría] necesariamente ... hacer una evaluación de *elementos homogéneos* respecto del carácter perjudicial relativo de distintos métodos de pesca que se utilizan en diferentes zonas de los océanos".⁵³⁵ En cambio, los Grupos Especiales constataron que el método por lance, que conllevaba "calcular el promedio" de las cifras totales correspondientes a un indicador determinado de efectos perjudiciales⁵³⁶ para los delfines por el número de operaciones de un tipo de arte de pesca determinado usado en una pesquería concreta en un período determinado, "tendría en cuenta la intensidad de una determinada operación de pesca en una zona determinada del océano".⁵³⁷

6.141. Además, no se discute, como constataron los Grupos Especiales, que la medida sobre el atún de 2016 "se aplica en general sobre la base de cada empleo de artes en lo que respecta a la frecuencia con que los capitanes tienen que expedir certificaciones no *dolphin safe* o con qué frecuencia el atún que no es *dolphin safe* se tiene que separar del que sí lo es".⁵³⁸ Según hemos explicado *supra*, entendemos que la finalidad de las distinciones reglamentarias establecidas por la

⁵²⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.195. (las cursivas figuran en el original).

⁵³⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo 6.38 *supra*.

⁵³¹ Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.169, 7.229 y 7.248. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación destacó el "carácter relacional y comparativo del análisis de si la medida modificada se adapta y es imparcial" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. (*Ibid.*, párrafo 7.126).

⁵³² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.195. (las cursivas no figuran en el original)

⁵³³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.195. Véase también *ibid.*, párrafo 7.204.

⁵³⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.195 y 7.204.

⁵³⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.195. (las cursivas figuran en el original).

⁵³⁶ Esos indicadores incluyen la mortalidad, las heridas graves y las interacciones con delfines observadas del método de pesca en una zona determinada del océano. (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.169 y 7.204).

⁵³⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.204. Observamos que esa tensión entre las pruebas por lance y las pruebas "absolutas" se puso de manifiesto en la evaluación que hicieron los Grupos Especiales de la pesca con palangre, con respecto a la cual México presentó pruebas de los elevados niveles de mortalidad anual absoluta en el océano Pacífico. (*Ibid.*, párrafo 7.467). Los Grupos Especiales no concedieron un gran peso a esos datos, basándose en que reflejaban muchas pesquerías de palangre distintas, y en que los datos por lance pertinentes correspondientes a determinadas pesquerías de palangre individuales abarcadas por los datos absolutos mostraban una tasa baja de interacciones con delfines. (*Ibid.*, párrafo 7.468).

⁵³⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.213.

medida es abordar los riesgos de que se dé muerte o se hiera gravemente a delfines en el proceso de pesca.⁵³⁹ En nuestra opinión, un examen adecuado de si esas distinciones se adaptan en función de los riesgos pertinentes para los delfines debería tener en cuenta las diferencias pertinentes entre pesquerías. El razonamiento de los Grupos Especiales antes expuesto indica que un método por lance es adecuado para el tipo de análisis comparativo que los Grupos Especiales debían hacer en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en la presente diferencia. Las constataciones fácticas de los Grupos Especiales demuestran también que sería menos probable que una comparación de los niveles absolutos de mortalidad o heridas graves mostrara la probabilidad relativa de que se diera muerte o hiriera a un delfín en el proceso de pesca que la mostrara una comparación de datos por lance.⁵⁴⁰

6.142. Recordamos el argumento de México de que los efectos perjudiciales "globales" quedarán "ocultos" por los datos por lance, y de que los niveles absolutos de efectos perjudiciales constituyen "los 'efectos perjudiciales globales para los delfines' correspondientes al método/zona de pesca".⁵⁴¹ En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación reprochó al Grupo Especial que no hubiera examinado todos los riesgos relativos pertinentes de daños para los delfines, incluidos los daños tanto observados como no observados.⁵⁴² Por lo tanto, una evaluación de los riesgos *globales* relativos para los delfines requiere que un grupo especial evalúe todos los riesgos pertinentes de daño para los delfines. No excluimos que, en función de las pruebas concretas presentadas a los Grupos Especiales, las pruebas sobre los niveles absolutos de efectos perjudiciales pudieran en efecto ser útiles a este respecto. Sin embargo, como se ha explicado *supra*, los Grupos Especiales no solo estaban obligados a evaluar los riesgos *globales*, sino también los riesgos *globales relativos* para los delfines.⁵⁴³ Según se ha indicado antes, la comparación de los niveles absolutos de mortalidad o heridas graves entre distintas pesquerías no tendría en cuenta diferencias importantes entre esas pesquerías. En cambio, una comparación de datos por lance sí tiene en cuenta esas diferencias.⁵⁴⁴

6.143. Por esos motivos, consideramos que México no ha demostrado que, al decidir basarse principalmente en un método por lance, en lugar de comparar los niveles absolutos de daños, los Grupos Especiales actuaran de manera incompatible con la prescripción de evaluar los riesgos globales relativos para los delfines derivados de los distintos métodos de pesca y las distintas pesquerías.

6.1.4.4.3 Supervisión reglamentaria insuficiente

6.144. México aduce que los Grupos Especiales incurrieron en error al pasar por alto pruebas de supervisión reglamentaria insuficiente en determinadas zonas del océano, porque "los delfines correrán un mayor riesgo relativo de daño derivado de ... [los] método[s] de pesca [utilizados] en zonas del océano que tienen una supervisión reglamentaria insuficiente, que incluye declaraciones que no son fiables, una pesca INDNR significativa y/o un transbordo considerable en el mar, que en las zonas del océano que no la tienen".⁵⁴⁵ A juicio de México, la omisión de la "fiabilidad de las declaraciones como criterio en los perfiles de riesgo de las zonas de pesca contradice los objetivos de la medida".⁵⁴⁶ México explica que, en pesquerías "que no son fiables" hay un "mayor riesgo de que los efectos perjudiciales en los delfines queden sin declarar ... y, por lo tanto, de que la medida no desaliente las acciones que tienen efectos perjudiciales en los delfines en pesquerías que no son fiables".⁵⁴⁷

⁵³⁹ Véase el párrafo 6.127 *supra*.

⁵⁴⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.195.

⁵⁴¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 218.

⁵⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.161.

⁵⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.169, 7.229 y 7.248.

⁵⁴⁴ Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.204. No obstante, la menor utilidad de esos niveles absolutos de daños para comparar los riesgos para los delfines a los efectos del análisis de la adaptación, no vemos razón para que los Grupos Especiales no se basaran en esas pruebas al evaluar los riesgos para los delfines cuando faltaban pruebas por lance pertinentes.

⁵⁴⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 220.

⁵⁴⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 223 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.186 y 7.705).

⁵⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 223.

6.145. Los Estados Unidos consideran que México formula dos argumentos distintos: i) la supervisión reglamentaria insuficiente plantea un mayor riesgo de daño para los delfines; y ii) la supervisión reglamentaria insuficiente debería ser incluida en los perfiles de riesgo de las pesquerías "porque puede afectar a la fiabilidad de las declaraciones de daños en delfines".⁵⁴⁸ Los Estados Unidos consideran que el primer argumento de México lo abordaron plenamente en el contexto de la alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁵⁴⁹ En cuanto al segundo argumento de México, los Estados Unidos destacan que fue "íntegramente examinado y rechazado por los Grupos Especiales", y aducen que los Grupos Especiales explicaron correctamente que los riesgos de inexactitud no son en sí mismos riesgos de daño para los delfines.⁵⁵⁰ A juicio de los Estados Unidos, esos riesgos de inexactitud más bien "pueden ser pertinentes para evaluar si las distinciones de la medida de 2016 se adaptan en función de los perfiles de riesgo de las distintas pesquerías".⁵⁵¹

6.146. Como se ha explicado antes⁵⁵², la cuestión de si las distinciones reglamentarias pertinentes previstas en la medida sobre el atún de 2016 se adaptan debidamente en función de los diferentes riesgos para los delfines no exige evaluar si la medida sobre el atún de 2016 también se adapta en función del "riesgo de inexactitud". Como se ha expuesto en el párrafo 6.51 *supra*, México no ha justificado su afirmación de que es más probable que la pesca de atún en zonas del océano con sistemas reglamentarios menos fiables dé lugar a daños para los delfines.⁵⁵³ Por lo tanto, no vemos razón alguna para disentir de la afirmación de los Grupos Especiales de que "los riesgos de inexactitud en la certificación, las declaraciones y/o el mantenimiento de registros no son riesgos que afecten a los delfines propiamente dichos".⁵⁵⁴

6.147. Según se ha indicado, los Grupos Especiales no excluyeron la posibilidad de que factores como la falta de supervisión reglamentaria puedan afectar a la exactitud de la etiqueta.⁵⁵⁵ Hemos explicado *supra* que esos riesgos de inexactitud son pertinentes para evaluar si la medida se adapta en función de los riesgos para los delfines.⁵⁵⁶ Sin embargo, incumbía a México presentar pruebas pertinentes en apoyo de su argumento de que la falta de supervisión reglamentaria en una pesquería incrementará el riesgo de que el etiquetado de los productos de atún que contienen atún capturado en esa pesquería no refleje con exactitud la naturaleza *dolphin safe* del atún. Nos ocupamos de esa cuestión en la sección 6.1.5 *infra*.

6.1.4.5 Conclusión

6.148. Al llevar a cabo su examen de los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca utilizados en distintas zonas del océano, los Grupos Especiales examinaron todas las pruebas pertinentes de riesgos para los delfines que les habían aportado las partes, incluidas todas las pruebas relativas a

⁵⁴⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 202.

⁵⁴⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 202. Véanse también los párrafos 6.47-6.50 *supra*. Los Estados Unidos adujeron en ese contexto que, contrariamente al enfoque que prefiere México, el adoptado por los Grupos Especiales era compatible con la orientación que dio el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento. (*Ibid.*, párrafos 47-50). Los Estados Unidos adujeron además que el enfoque de México supone que los Grupos Especiales deberían haber aplicado un tipo de análisis de la adaptación distinto a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación y a los criterios de admisibilidad, y que México no ha aducido en ningún momento, como cuestión de hecho, que los delfines corran un mayor riesgo de daño en zonas donde la fiabilidad de los sistemas aplicables es escasa. (*Ibid.*, párrafos 51-53).

⁵⁵⁰ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 202 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.109-7.113 y 7.119-7.124).

⁵⁵¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 202 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.119-7.124).

⁵⁵² Véanse la sección 6.1.3.1 y el párrafo 6.79 *supra*.

⁵⁵³ Observamos también que México no ha aducido que los Grupos Especiales incurrieran en error en el marco del artículo 11 del ESD al pasar por alto pruebas específicas de un mayor riesgo para los delfines en cualquier pesquería concreta en su examen de los riesgos para los delfines en distintas pesquerías.

⁵⁵⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.110. Aunque México ha descrito sus argumentos en apelación como relativos a la "supervisión reglamentaria insuficiente", observamos que cuestiona específicamente las constataciones de los Grupos Especiales con respecto a "la inexactitud en la certificación, las declaraciones y/o el mantenimiento de registros". (Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 220-222). Por consiguiente, no vemos ninguna distinción entre las referencias de México a la "supervisión reglamentaria" y el análisis realizado por los Grupos Especiales de "la inexactitud en la certificación, las declaraciones y/o el mantenimiento de registros".

⁵⁵⁵ Véase el párrafo 6.52 *supra*.

⁵⁵⁶ Véase el párrafo 6.52 *supra*.

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

6.1.5 Evaluación realizada por los grupos especiales de la cuestión de si la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función de los riesgos para los delfines

6.1.5.1 Introducción

6.149. Como se indica *supra*, al evaluar si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún de 2016 se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, los Grupos Especiales examinaron la cuestión de si: i) los criterios de admisibilidad; ii) las prescripciones en materia de certificación; iii) las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y; iv) las disposiciones relativas a las determinaciones de la medida sobre el atún de 2016 se adaptan en función de los diferentes riesgos globales para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁵⁵⁷ Después de concluir sus análisis intermedios de estos elementos constitutivos de la medida sobre el atún de 2016, los Grupos Especiales "resumi[eron]" su análisis a fin de llegar a su conclusión con respecto a la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el Acuerdo OTC.⁵⁵⁸ A continuación de sus análisis, los Grupos Especiales llegaron a la "conclusión general" de que:

[L]a 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. Por consiguiente, los Grupos Especiales constatan que las distinciones que establece la medida entre los lances sobre delfines y los demás métodos de pesca (salvo naturalmente la pesca con redes de deriva en alta mar que también está excluida de la etiqueta *dolphin safe*) se derivan exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas. Por consiguiente, los Grupos Especiales concluyen que la medida sobre el atún de 2016 da a los productos de atún mexicanos un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países, y por lo tanto es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁵⁵⁹

6.150. En apelación, México nos pide que revoquemos varias de las constataciones intermedias que llevaron a la "conclusión general" anterior de los Grupos Especiales, que México también impugna.⁵⁶⁰ Concretamente, México impugna la evaluación que hicieron los Grupos Especiales de los siguientes aspectos de la medida sobre el atún de 2016: i) los criterios de admisibilidad; ii) las prescripciones en materia de certificación; iii) las prescripciones en materia de seguimiento y verificación; y iv) la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad. En su anuncio de apelación México no impugna por

⁵⁵⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.530. Véase también *ibid.*, párrafos 7.547, 7.611, 7.676, 7.702 y 7.704.

⁵⁵⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.530 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.21). Véase también *ibid.*, párrafos 7.703-7.716.

⁵⁵⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.717.

⁵⁶⁰ Anuncio de apelación de México, párrafo 9; y comunicación del apelante presentada por México, párrafos 75, 76 y 307.

separado las constataciones de los Grupos Especiales con respecto a las disposiciones relativas a las determinaciones.⁵⁶¹

6.151. Empezamos con unas cuantas observaciones preliminares. En primer lugar, recordamos que el Órgano de Apelación criticó el análisis del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento porque, aunque inicialmente este hizo hincapié en las interconexiones existentes entre los elementos de la medida sobre el atún de 2013:

[P]osteriormente llevó a cabo un análisis segmentado que aisló el examen de cada elemento de la medida sin tener en cuenta la manera en que están interrelacionados los elementos, y sin agregar ni resumir sus análisis o constataciones relativos a esos elementos antes de llegar a sus conclusiones definitivas respecto de la compatibilidad o incompatibilidad de la medida sobre el atún [de 2013].⁵⁶²

6.152. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento el Órgano de Apelación reconoció que puede ser adecuado que un grupo especial "proceda a evaluar los distintos elementos de [un]a medida de manera secuencial", siempre que ello no "d[é] lugar al análisis aislado de un elemento ... específico[]" cuando los elementos de una medida están estrechamente interrelacionados.⁵⁶³ De modo similar, una evaluación de la imparcialidad de la medida sobre el atún de 2016 "debe tener en cuenta el hecho de que sus diversos elementos -los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación- establecen una serie de condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe* que son acumulativas y están sumamente interrelacionadas".⁵⁶⁴

6.153. En estos procedimientos sobre el cumplimiento, tal como se describe en el párrafo 6.149 *supra*, los Grupos Especiales examinaron en primer lugar los distintos elementos de la medida sobre el atún de 2016 (es decir, los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y las disposiciones relativas a las determinaciones) de manera secuencial antes de resumir su análisis a fin de llegar a su conclusión sobre la compatibilidad de la medida sobre el atún de 2016 con el Acuerdo sobre la OMC.⁵⁶⁵ Como se indica más arriba, analizar la medida de manera secuencial no hace en sí mismo que el análisis sea erróneo. Antes bien, al examinar el análisis de los Grupos Especiales, examinamos si dio lugar a un "análisis aislado de un elemento ... específico[]"⁵⁶⁶, o si el análisis de los Grupos Especiales tuvo en cuenta la manera en que los distintos elementos de la medida sobre el atún de 2016 son "acumulativ[o]s y están sumamente interrelacionad[o]s".⁵⁶⁷

6.154. En segundo lugar, tomamos nota de que, al impugnar la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los elementos constitutivos de la medida sobre el atún de 2016, México sostiene, en varios lugares, que la evaluación errónea por los Grupos Especiales de los perfiles de riesgo pertinentes dio lugar a un error en la evaluación que hicieron los Grupos Especiales de la medida sobre el atún de 2016.⁵⁶⁸ En las secciones 6.1.3.2 y 6.1.4 *supra* hemos examinado la alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error en su evaluación de los perfiles de riesgo. Por consiguiente, en tanto en cuanto los argumentos de México en apoyo de su alegación de que los Grupos Especiales incurrieron en error en su evaluación de los elementos constitutivos de la medida sobre el atún de 2016 son un reflejo de los argumentos de México que hemos examinado y rechazado

⁵⁶¹ Estas constataciones figuran en los párrafos 7.677-7.702 de los informes de los Grupos Especiales.

⁵⁶² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.21. Señalamos que los Grupos Especiales en estos procedimientos sobre el cumplimiento tuvieron en cuenta este razonamiento del Órgano de Apelación al exponer su enfoque con respecto a la medida sobre el atún de 2016. (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.527-7.530).

⁵⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.14-7.15.

⁵⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.166.

⁵⁶⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.530 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.21). Véase también *ibid.*, párrafos 7.703-7.716.

⁵⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.15.

⁵⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.166.

⁵⁶⁸ Véase, por ejemplo, la comunicación del apelante presentada por México, párrafos 233-237, 241-246, 252, 267, 273-274 y 306.

supra, nos remitimos al análisis que hemos hecho en esas secciones y no volvemos a examinar los argumentos de México. En lugar de ello, centramos nuestro examen del análisis efectuado por los Grupos Especiales en los argumentos de México que no se basan en los supuestos errores de la evaluación de los perfiles de riesgo efectuada por los Grupos Especiales.

6.155. Pasamos seguidamente a ocuparnos de las impugnaciones de México contra la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los siguientes aspectos de la medida sobre el atún de 2016: i) los criterios de admisibilidad; ii) las prescripciones en materia de certificación; iii) las prescripciones en materia de seguimiento y verificación; y iv) la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad.

6.1.5.2 Criterios de admisibilidad

6.156. México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que los criterios de admisibilidad previstos en la medida sobre el atún de 2016 se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁵⁶⁹ México sostiene que los Grupos Especiales llevaron a cabo una evaluación incompleta de la adaptación que no evaluó la admisibilidad de todos los métodos de pesca y zonas del océano, al no evaluar y tomar en consideración los perfiles de riesgo de distintas zonas del océano y al omitir en la evaluación de la adaptación factores pertinentes e importantes.⁵⁷⁰

6.157. Los Estados Unidos afirman que todos los argumentos de México carecen de fundamento y deben ser rechazados. A este respecto, los Estados Unidos aducen que: i) el intento de México de socavar las constataciones fácticas de los Grupos Especiales relativas a la naturaleza y contenido de los criterios de admisibilidad es inadecuado e incorrecto; ii) el análisis de los criterios de admisibilidad realizado por los Grupos Especiales abarcó tanto la inadmisibilidad de efectuar lances sobre delfines como la posible admisibilidad de los demás métodos de pesca pertinentes; iii) los Grupos Especiales no dejaron de llevar a cabo el análisis necesario de los perfiles de riesgo de los métodos de pesca pertinentes, inclusive los utilizados en distintas zonas del océano; y iv) el análisis de los Grupos Especiales no omitió factores críticos.⁵⁷¹

6.158. De conformidad con la medida sobre el atún de 2016, los siguientes productos de atún quedan automáticamente excluidos de la etiqueta *dolphin safe*: i) el atún capturado utilizando redes de deriva a gran escala en alta mar; y ii) el atún capturado por buques que utilicen redes de cerco para cercar delfines (es decir, efectuar lances sobre ellos) en cualquier parte del mundo.⁵⁷² El resto de los productos de atún son admisibles y pueden llevar la etiqueta *dolphin safe únicamente* si no se dio muerte o se hirió gravemente a ningún delfín en los empleos de artes en que se capturó el atún. A tal fin, estos productos de atún deben satisfacer las prescripciones en materia de certificación y en materia de seguimiento y verificación de la medida sobre el atún de 2016.⁵⁷³

6.159. Como parte de la medida sobre el atún de 2016, la distinción reglamentaria pertinente establecida en los criterios de admisibilidad es que los productos de atún que contengan atún capturado *efectuando lances sobre delfines* no son admisibles para la etiqueta *dolphin safe*, mientras que los productos de atún que contengan atún capturado mediante *otros métodos de pesca* son, en principio, admisibles para la etiqueta.⁵⁷⁴ Así pues, para evaluar si esta distinción se adapta

⁵⁶⁹ Anuncio de apelación de México, párrafo 9.a (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.539-7.547).

⁵⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 247 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.538-7.547).

⁵⁷¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 206.

⁵⁷² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.50 (donde se hace referencia a la DPCIA (Pruebas documentales MEX-1 y USA-1 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 1385(d); y al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)). Véase también *ibid.*, párrafo 7.532.

⁵⁷³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.50.

⁵⁷⁴ Como se indica en el párrafo 6.158 *supra*, la medida también excluye automáticamente de la etiqueta *dolphin safe* el atún capturado utilizando redes de deriva a gran escala en alta mar. Ante los Grupos Especiales las partes no "presenta[ron] argumentos relativos a la exclusión del atún capturado con redes de deriva en alta mar". (Informes de los Grupos Especiales, nota 936 al párrafo 7.532). Por las razones que se exponen en los párrafos 6.69-6.70 *supra*, esta distinción reglamentaria no es pertinente para evaluar si el efecto perjudicial constatado en esta diferencia se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

adecuadamente, los Grupos Especiales tenían que comparar los perfiles de riesgo de los métodos de pesca pertinentes. Como se analiza en los párrafos 6.94-6.95 *supra*, al evaluar y comparar los riesgos globales relativos de los siete métodos de pesca distintos⁵⁷⁵, los Grupos Especiales tuvieron en cuenta información pertinente relativa a los riesgos para los delfines en pesquerías individuales, en la medida en que se les presentaron pruebas sobre esas pesquerías individuales.⁵⁷⁶ En particular, los Grupos Especiales constataron que los lances sobre delfines entrañan un riesgo mucho mayor de mortalidad y heridas graves de delfines observadas, por lance, que otros métodos de pesca.⁵⁷⁷ Además, en cuanto a la magnitud de los daños observados, los Grupos Especiales constataron que los riesgos mayores que entrañan los lances sobre delfines parecían justificar la constatación formulada por el Grupo Especial inicial y el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento de que los lances sobre delfines son "especialmente dañin[os]" para esos animales.⁵⁷⁸ Los Grupos Especiales también determinaron que es más probable que el método de efectuar lances sobre delfines cause mortalidad y heridas graves no observadas que otros métodos de pesca.⁵⁷⁹ Además, los Grupos Especiales aceptaron, sobre la base de su evaluación de las pruebas obrantes en el expediente, que los lances sobre delfines causan un tipo de daño no observable singular que por su naturaleza no puede certificarse. Señalaron que esto contrastaba con otros métodos de pesca, que, sobre la base de las pruebas de que disponían, no causan los mismos tipos de daños no observables que los lances sobre delfines.⁵⁸⁰

6.160. Por estas razones, los Grupos Especiales concluyeron que "globalmente, el perfil de riesgo de los lances sobre delfines es muy superior al de cada uno de los otros seis métodos de pesca utilizados para capturar atún".⁵⁸¹ Los Grupos Especiales se basaron en esta conclusión⁵⁸² para constatar que, "[t]eniendo en cuenta los perfiles de riesgo relativos de los lances sobre delfines, por un lado, y de otros métodos de pesca, por el otro, ... los criterios de admisibilidad se adaptan adecuadamente en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".⁵⁸³

6.161. Los argumentos que México esgrime⁵⁸⁴ en apoyo de su alegación de que los Grupos Especiales incurrieron en error en su evaluación de los criterios de admisibilidad de la medida sobre el atún de 2016 repiten en gran medida los argumentos de México que hemos abordado y rechazado en nuestro examen de la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los perfiles de riesgo pertinentes. En particular, recordamos que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la cuestión pertinente es si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún de 2016 se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Como se describe más arriba, el efecto perjudicial en esta diferencia se deriva, en parte, de la distinción establecida en los criterios de admisibilidad entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca. Por consiguiente, la prueba de si los criterios de admisibilidad son imparciales requiere una evaluación de si la distinción entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca establecida en los criterios de admisibilidad se explica por las diferencias en los perfiles de riesgo de los métodos de pesca.

6.162. Como hemos constatado *supra*, a los efectos de esta evaluación, los Grupos Especiales adoptaron el enfoque correcto al comparar los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca, sobre la base de su examen de las pruebas relativas al uso de estos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁵⁸⁵ Además, tras nuestro examen de la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los perfiles de riesgo pertinentes, hemos constatado que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al extraer conclusiones sobre el perfil de riesgo de cada método de pesca sobre la base del examen que hicieron de las pruebas de que disponían

⁵⁷⁵ Recordamos que los siete métodos de pesca que examinaron los Grupos Especiales son los siguientes: la pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines; la pesca con redes de cerco sin lances sobre delfines; la pesca con redes agalleras; la pesca con palangre; la pesca de arrastre; la pesca de atún con líneas de mano; y la pesca con caña y línea. (Véase el párrafo 6.86 *supra*).

⁵⁷⁶ Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.541.

⁵⁷⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.541.

⁵⁷⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.542 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.120).

⁵⁷⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.543.

⁵⁸⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.544-7.546.

⁵⁸¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.525.

⁵⁸² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.539.

⁵⁸³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.540.

⁵⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 230-247.

⁵⁸⁵ Véase el párrafo 6.77 *supra*.

(incluidas pruebas relativas a pesquerías individuales).⁵⁸⁶ Al no haber constatado error jurídico alguno en la evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales, no vemos ninguna razón para anular la conclusión de los Grupos Especiales, después de esa evaluación, de que "los lances sobre delfines son significativamente más peligrosos para los delfines que otros métodos de pesca".⁵⁸⁷

6.163. Pasamos seguidamente a examinar los argumentos de México que se refieren a la cuestión de si los criterios de admisibilidad previstos en la medida se adaptan debidamente. México señala pruebas que presentó a los Grupos Especiales relativas a los peligros de otros métodos de pesca, aduciendo que estas pruebas demuestran que, en el caso de estos métodos de pesca y zonas del océano, se producen mortalidad y heridas graves de delfines habituales e importantes. México afirma que el hecho de que en los criterios de admisibilidad no se "*designa ese atún como inadmisibile*" demuestra que la medida sobre el atún no se adapta en función de las diferencias en los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁵⁸⁸

6.164. Estos argumentos de México no tienen en cuenta cómo los distintos elementos de la medida sobre el atún de 2016 actúan conjuntamente. Como explicó el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, los criterios de admisibilidad son las "condiciones sustantivas para el acceso a [una] etiqueta *dolphin safe*".⁵⁸⁹ Sin embargo, los criterios de admisibilidad no son las *únicas* condiciones para el acceso a una etiqueta *dolphin safe*. Las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación "actúan conjuntamente" con los criterios de admisibilidad de la medida sobre el atún de 2016 "para limitar el acceso a la etiqueta *dolphin safe*".⁵⁹⁰ Esto significa que, con respecto a la categoría de productos de atún que no están excluidos automáticamente por los criterios de admisibilidad, estos productos todavía tienen que cumplir las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación antes de poder tener acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Por ejemplo, las prescripciones en materia de certificación, que los Grupos Especiales examinaron en una sección posterior de sus informes⁵⁹¹, establecen que el atún que se pretenda etiquetar como *dolphin safe* en el mercado de los Estados Unidos debe ir acompañado de, entre otras cosas, una certificación en la que se acredite que: i) no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín durante los lances en los que se capturó el atún; y ii) no se desplegaron redes de cerco u otras artes de pesca sobre delfines ni se utilizaron para efectuar lances sobre ellos deliberadamente durante la expedición de pesca en la que se capturó el atún.⁵⁹² Por lo tanto, contrariamente a los argumentos de México, de conformidad con la medida sobre el atún de 2016, el atún capturado con métodos de pesca que, aunque provisionalmente son admisibles conforme a los criterios de admisibilidad, causan efectos perjudiciales a los delfines, no tendría acceso a la etiqueta *dolphin safe* si no cumple las demás condiciones de etiquetado establecidas en la medida sobre el atún de 2016 (es decir, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación).

6.165. México sostiene también que los Grupos Especiales incurrieron en error al omitir en su evaluación factores relacionados con las circunstancias que afectan a la fiabilidad reglamentaria de distintas zonas del océano. Según México, "[l]os delfines corren un riesgo global mayor en zonas del océano que tienen supervisión reglamentaria insuficiente, declaraciones no fiables, pesca INDR y transbordo en el mar que en las zonas del océano que no tienen estas características".⁵⁹³ Por tanto,

⁵⁸⁶ Véase el párrafo 6.99 *supra*.

⁵⁸⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.539.

⁵⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 238-240. (sin cursivas en el original)

⁵⁸⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.532 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.19).

⁵⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.159.

⁵⁹¹ Informes de los Grupos Especiales, sección 7.8.3. En la sección 6.1.5.3 *infra* examinamos las constataciones de los Grupos Especiales relativas a las prescripciones en materia de certificación establecidas en la medida sobre el atún de 2016.

⁵⁹² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.549.

⁵⁹³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 246. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México indicó que había pruebas en el expediente de los Grupos Especiales que muestran la existencia de riesgos derivados de una supervisión reglamentaria insuficiente, de la pesca INDR y del transbordo en el mar. Sin embargo, México reconoció que no había pruebas en el expediente para demostrar que los delfines corren un riesgo global mayor en zonas del océano en las que existen estas características que en las zonas del océano en las que se practica el método de lances sobre delfines. En cambio, México aclaró que la afirmación que figura en su comunicación del apelante acerca de que "los

México insiste en que el atún capturado en esas zonas del océano por cualquier método de pesca que cause efectos perjudiciales a los delfines "*debería ser inadmisibles para la etiqueta* y por tanto desalentado".⁵⁹⁴

6.166. Sin embargo, como se analiza en la sección 6.1.3.1.2 *supra*, compartimos la tesis de los Grupos Especiales de que los riesgos de inexactitud en la certificación, las declaraciones y/o el mantenimiento de registros no son:

[R]iesgos que se deriven del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, aunque el pescado capturado en distintas zonas del océano mediante el uso de distintos métodos de pesca puede estar asociado a un riesgo mayor o menor de etiquetado inexacto en función de una serie de factores interrelacionados, como las personas que participan en la captura, la tecnología disponible y las prescripciones reglamentarias nacionales e internacionales aplicables.⁵⁹⁵

6.167. En consecuencia, constatamos que los Grupos Especiales no incurrieron en error al afirmar que "los riesgos de inexactitud en la certificación, las declaraciones y/o el mantenimiento de registros *no* son riesgos que afecten a los delfines propiamente dichos".⁵⁹⁶ En todo caso, en respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México admitió que no había pruebas en el expediente que justificaran su afirmación de que "[l]os delfines corren un riesgo global mayor en zonas del océano que tienen supervisión reglamentaria insuficiente, declaraciones no fiables, pesca INDR y transbordo en el mar que en las zonas del océano que no tienen estas características".⁵⁹⁷

6.168. Hemos constatado que los Grupos Especiales no incurrieron en error al constatar que "los lances sobre delfines son significativamente más peligrosos para los delfines que otros métodos de pesca".⁵⁹⁸ Esta constatación implica que la distinción que se hace en los criterios de admisibilidad entre los lances sobre delfines, por un lado, y otros métodos de pesca, por el otro, como constataron los Grupos Especiales "se adapta[] adecuadamente en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".⁵⁹⁹ En consecuencia, constatamos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al llegar a la constatación intermedia de que los criterios de admisibilidad previstos en la medida sobre el atún de 2016 se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁶⁰⁰

6.1.5.3 Prescripciones en materia de certificación

6.169. México afirma que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación diferentes se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁶⁰¹ Además

delfines corren un riesgo global mayor en zonas del océano que tienen supervisión reglamentaria insuficiente, declaraciones no fiables, pesca INDR y transbordo en el mar" la hizo simplemente como un "argumento" en apoyo de su opinión de que los Grupos Especiales deberían haber dedicado su atención a todos los factores que son pertinentes para el objetivo general de desalentar prácticas de pesca que perjudican a los delfines.

⁵⁹⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 246. (sin cursivas en el original)

⁵⁹⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.110 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.169 y 7.372 y nota 464 al párrafo 7.258, nota 681 al párrafo 7.463 y nota 711 al párrafo 7.502).

⁵⁹⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.110. (sin cursivas en el original)

⁵⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 246. Como se analiza en la sección 6.1.3.1 *supra*, los factores que afectan a la exactitud final de la etiqueta *dolphin safe* son pertinentes para evaluar si las condiciones de etiquetado de la medida se adaptan adecuadamente. En este sentido, recordamos que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación que, entre otras cosas, tratan de esos factores, "actúan conjuntamente" con los criterios de admisibilidad de la medida sobre el atún de 2016 "para limitar el acceso a la etiqueta *dolphin safe*". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.159). En las secciones 6.1.5.3 y 6.1.5.4 *infra* analizamos el examen que hicieron los Grupos Especiales de las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.

⁵⁹⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.539. Véase también *ibid.*, párrafo 7.525.

⁵⁹⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.540.

⁶⁰⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.547. Véase también *ibid.*, párrafo 7.540.

⁶⁰¹ Anuncio de apelación de México, párrafo 9.b (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.571-7.573 y 7.600-7.611).

de sus argumentos en los que impugna la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los perfiles de riesgo⁶⁰², México sostiene también que los Grupos Especiales incurrieron en error: i) al no abordar el hecho de que la medida sobre el atún de 2016 exige certificaciones de observadores en siete pesquerías nacionales estadounidenses cuando los observadores están a bordo por otros motivos⁶⁰³; ii) al constatar que se puede considerar que la medida se adapta cuando permite márgenes de error superiores para las certificaciones en todas las zonas del océano que no sean el PTO; y iii) al constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones contribuyen a la adaptación de la medida, pese a que esas disposiciones solo son potencialmente aplicables a una pesquería que tenga un perfil de riesgo mucho mayor que el que constataron los Grupos Especiales para la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.⁶⁰⁴

6.170. Los Estados Unidos mantienen que: i) México se equivoca al aducir que los Grupos Especiales incurrieron en error al no abordar las prescripciones en materia de certificación por observadores en las siete pesquerías nacionales estadounidenses⁶⁰⁵; ii) el análisis y las conclusiones de los Grupos Especiales relativos a los márgenes de error no constituyeron un error jurídico⁶⁰⁶; y iii) los Grupos Especiales no incurrieron en error en sus análisis y conclusiones sobre las disposiciones relativas a las determinaciones.⁶⁰⁷

6.171. Como se describe en la sección 5 *supra*, en lo que respecta a las prescripciones en materia de certificación, aparte de la pesca con redes de deriva a gran escala en alta mar⁶⁰⁸, la medida sobre el atún de 2016 hace una distinción entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por un lado, y todas las demás pesquerías, por el otro.⁶⁰⁹ En el caso del atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún de 2016 exige una certificación expedida por el capitán del buque y un observador aprobado por el PICD de que: i) ningún atún fue capturado en una expedición utilizando una red de cerco deliberadamente desplegada sobre delfines o empleada para cercarlos; y ii) en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.⁶¹⁰

6.172. En lo que respecta a todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, en el caso de las expediciones de pesca que comenzaran el 21 de mayo de 2016 o después de esa fecha, los capitanes de todos los buques deben certificar que: i) no se desplegaron redes de cerco u otras artes de pesca sobre delfines ni se utilizaron para cercarlos (es decir, efectuar lances sobre ellos) deliberadamente durante la expedición de pesca en la que se capturó el atún; y ii) no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún.⁶¹¹ Además, de conformidad con la medida sobre el atún de 2016, los capitanes de los buques que operen en todas las pesquerías *que no sean* la pesquería de grandes buques de cerco del PTO deben certificar que han completado el curso de capacitación para capitanes del Programa de Seguimiento y Verificación del Atún del NMFS.⁶¹²

⁶⁰² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 252. Véase también el párrafo 6.154 *supra*.

⁶⁰³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 258 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 3.46; y a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos a los Grupos Especiales, nota 225 al párrafo 116).

⁶⁰⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 267.

⁶⁰⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 264.

⁶⁰⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 244.

⁶⁰⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 244.

⁶⁰⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.51 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)).

⁶⁰⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.51 y 7.54 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículos 216.91(a)(1) y (3)).

⁶¹⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.54 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(1)). Véase también el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.92.

⁶¹¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.51 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(iii)).

⁶¹² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.53 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(iii)(B)).

6.173. Por otro lado, además de la certificación del capitán descrita *supra*, en determinadas circunstancias, se exigirán también certificaciones de un observador que participe en un programa nacional o internacional aceptable para el Administrador Adjunto. En primer lugar, la certificación del observador se exige también en las siete pesquerías estadounidenses con respecto a las cuales el Administrador Adjunto ha determinado que los observadores están cualificados y autorizados para expedir las certificaciones pertinentes⁶¹³, y cuando el observador ya está a bordo del buque de pesca por motivos no relacionados con el régimen de etiquetado *dolphin safe*.⁶¹⁴

6.174. Además, de conformidad con la medida sobre el atún de 2016, el atún capturado en todas las pesquerías *que no sean* la pesquería de grandes buques de cerco del PTO puede necesitar, en circunstancias previamente establecidas, la certificación de un observador⁶¹⁵ además de la certificación del capitán. Así sucede cuando el Administrador Adjunto haya determinado que en una pesquería distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO: i) existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún (similar a la que existe entre los delfines y el atún en el PTO); o ii) está habiendo mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes. El capitán y el observador deben certificar que: i) no se desplegaron redes de cerco u otras artes de pesca sobre delfines ni se utilizaron para cercarlos (es decir, efectuar lances sobre ellos) deliberadamente durante la expedición en la que se capturó el atún; y ii) no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún.⁶¹⁶

6.175. En su análisis de las prescripciones en materia de certificación, los Grupos Especiales señalaron que, a diferencia de las prescripciones de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación (y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación) establecen distinciones sobre la base tanto de los métodos de pesca como de las zonas del océano (es decir, las pesquerías), y no solamente de los distintos métodos de pesca. Concretamente, las distinciones se hacen entre las pesquerías de grandes buques de cerco del PTO y todas las demás pesquerías. Por consiguiente, las prescripciones en materia de certificación que se aplican en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO se aplican a *todos* los grandes buques de cerco que pescan en el PTO, con independencia de si realmente esos buques efectúan lances sobre delfines. Por consiguiente, los Grupos Especiales consideraron que la cuestión que se les planteaba era si la distinción que hace la medida sobre el atún de 2016 entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y todas las demás pesquerías se adapta.⁶¹⁷

6.176. A este respecto, los Grupos Especiales consideraron que la constatación formulada en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento sobre el cumplimiento de que solo se practican habitual y sistemáticamente lances sobre delfines en el PTO seguía siendo pertinente en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento.⁶¹⁸ Los Grupos Especiales también consideraron pertinente la constatación del Grupo Especial inicial de que "la asociación entre bancos de atún y

⁶¹³ En el procedimiento del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, los Estados Unidos identificaron las siete pesquerías nacionales en donde se captura habitualmente atún como sigue: i) pesquería de palangre pelágico de Samoa Americana; ii) pesquería de buques de cerco de atún de aleta azul del Atlántico; iii) pesquería de palangre pelágico de especies altamente migratorias del Atlántico; iv) pesquería de palangre pelágico de fondo de California; v) pesquería con redes agalleras de deriva de malla ancha de California; vi) pesquería de palangre de fondo de Hawái; y vii) pesquería de palangre de superficie de Hawái. (Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 128 y nota 244 a dicho párrafo (donde se hace referencia a la Determinación de programas de observadores aptos y autorizados por el Administrador Adjunto para las Pesquerías, *United States Federal Register*, volumen 79, Nº 134 (14 de julio de 2014) (Prueba documental US-113 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento), página 40720)).

⁶¹⁴ Por lo tanto, en esas pesquerías, el atún capturado en una expedición en la que no haya ya un observador a bordo puede aun así llevar la etiqueta *dolphin safe* únicamente con una certificación del capitán. (Véanse el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 3.46; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.23 y nota 171 a dicho párrafo).

⁶¹⁵ A este observador se le describe como alguien que "participa en un programa nacional o internacional aceptable para el Administrador Adjunto". (Reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(v). Véanse también los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.68).

⁶¹⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.68 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(v)).

⁶¹⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.568.

⁶¹⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.570.

delfines no tiene lugar fuera del PTO tan *frecuentemente* como dentro de este".⁶¹⁹ Además, los Grupos Especiales recordaron su conclusión de que los lances sobre delfines son un método de pesca particularmente peligroso que es posible que cause daños observables y no observables a los delfines con unas tasas significativamente superiores a las de los causados por otros métodos de pesca.⁶²⁰ Observaron que, en el PTO, a diferencia de en otras zonas del océano, los grandes buques de cerco *están autorizados a* efectuar lances sobre delfines y *realmente pueden* hacerlo de una forma constante y sistemática. Los Grupos Especiales subrayaron que una de las finalidades de las prescripciones en materia de certificación en el PTO es precisamente certificar que *no* se efectuaron lances sobre delfines, aunque los buques de pesca pudieran, técnica y jurídicamente, haber efectuado lances sobre delfines. Por lo tanto, a juicio de los Grupos Especiales son las posibilidades tanto técnicas como jurídicas de efectuar lances sobre delfines y el hecho de que los lances sobre delfines se producen de una forma constante y sistemática en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO los que confieren a esta pesquería su perfil especial de riesgo.⁶²¹

6.177. En apelación, México impugna la constatación de los Grupos Especiales de que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un "perfil especial de riesgo", aduciendo que los Grupos Especiales no compararon pesquerías individuales.⁶²² Observamos en primer lugar que los argumentos de México sobre la supuesta omisión de los Grupos Especiales de evaluar pesquerías individuales repiten los argumentos de México examinados en la sección 6.1.4 *supra*.⁶²³ En particular, recordamos que, al evaluar si existe "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a los efectos de la presente diferencia, el análisis se debe "centra[r] en la distinción o las distinciones que causan un efecto perjudicial en productos importados".⁶²⁴ Con respecto a las prescripciones en materia de certificación, la medida sobre el atún de 2016 hace una distinción entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y todas las demás pesquerías.⁶²⁵ Recordamos también nuestra constatación de que, con respecto a las prescripciones en materia de certificación (y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación), los Grupos Especiales adoptaron el enfoque correcto al comparar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales porque estas prescripciones establecen una distinción sobre la base tanto del método de pesca como de la zona del océano.⁶²⁶ Además, como se analiza en la sección 6.1.4 *supra*, los Grupos Especiales examinaron todas las pruebas de que disponían sobre los riesgos para los delfines en pesquerías individuales, y México no ha justificado su alegación de que los Grupos Especiales incurrieron en error al evaluar esos riesgos. Sobre la base de su evaluación de los riesgos para los delfines en pesquerías individuales, los Grupos Especiales establecieron que "en el PTO, a diferencia de en otras zonas de los océanos, los grandes buques de cerco *están autorizados a* efectuar lances sobre delfines y *realmente pueden* hacerlo de una forma constante y sistemática".⁶²⁷ Así pues, entendemos que, después de evaluar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales, los Grupos Especiales establecieron que, cuando se comparan con la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que tiene un "perfil especial de riesgo", todas las demás pesquerías son similares en sus perfiles de riesgo en la medida en que en ninguna de ellas se efectúan lances sobre delfines de una manera constante o sistemática.

6.178. A este respecto, tomamos nota de la alegación de México de que los Grupos Especiales no abordaron el hecho de que solamente *determinados* grandes buques de cerco en el PTO, es decir,

⁶¹⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.569 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.520 (no se reproduce la nota de pie de página; las cursivas figuran en el original)). Tomamos asimismo nota de la observación que hicieron los Grupos Especiales, en el contexto de su evaluación de los perfiles de riesgo, de que "debido a la asociación importante y habitual entre el atún y los delfines en el PTO, incluso la pesca con redes de cerco sin lances sobre delfines puede acabar interactuando accidentalmente con delfines, quizá incluso a una tasa más elevada que la pesca con redes de cerco mediante lances sobre delfines u otros métodos de pesca en otras zonas del océano". (*Ibid.*, párrafo 7.333).

⁶²⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.571.

⁶²¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.572.

⁶²² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 255 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.572).

⁶²³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 252.

⁶²⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)*, párrafo 5.93. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286.

⁶²⁵ Véase el párrafo 6.65 *supra*. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.51-7.54; y el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(1) y (3).

⁶²⁶ Véase el párrafo 6.77 *supra*.

⁶²⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.572. (las cursivas figuran en el original)

aquellos a los que se haya asignado un LMD individual, "están autorizados a efectuar lances sobre delfines y realmente pueden hacerlo de una forma constante y sistemática".⁶²⁸ Como cuestión preliminar, observamos que el argumento de México de que los buques o efectúan lances sobre delfines o no lo hacen, y de que la pesquería del PTO se puede dividir en buques con y sin LMD, no se esgrimió ante los Grupos Especiales y no encuentra apoyo en el expediente de los Grupos Especiales.⁶²⁹

6.179. Lo que es más importante, en su evaluación de las prescripciones en materia de certificación los Grupos Especiales abordaron expresamente la cuestión de por qué las pesquerías de grandes buques de cerco del PTO tienen un perfil especial de riesgo, con independencia de que realmente se efectúen lances sobre delfines. En particular, los Grupos Especiales señalaron lo siguiente:

[L]a cuestión esencial es que, en el PTO, a diferencia de en otras zonas de los océanos, los grandes buques de cerco *están autorizados a efectuar lances sobre delfines y realmente pueden hacerlo* de una forma constante y sistemática. ... Por lo tanto, no es simplemente el hecho de que *se efectúen* lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO lo que le confiere su "perfil especial de riesgo", sino el hecho de que solo en el PTO los grandes buques de cerco realmente pueden efectuar lances sobre delfines y están autorizados a hacerlo. Así, en nuestra opinión, la posibilidad tanto técnica como jurídica de efectuar lances sobre delfines y el hecho de que los lances sobre delfines se producen de una forma constante y sistemática en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es lo que confiere a esta pesquería su perfil especial de riesgo.⁶³⁰

6.180. Aparte de su argumento sobre los LMD, que hemos examinado *supra*, México no presenta otras razones de por qué las declaraciones anteriormente citadas de los Grupos Especiales son erróneas. Además, como constatamos en la sección 6.1.4.2 *supra*, México no ha demostrado que los Grupos Especiales no evaluarán los perfiles de riesgo de pesquerías individuales.⁶³¹ Tras haber constatado que no existe error jurídico alguno en la evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales, no vemos ninguna razón para anular la constatación de los Grupos Especiales de que "la posibilidad tanto técnica como jurídica de efectuar lances sobre delfines y el hecho de que los lances sobre delfines se producen de una forma constante y sistemática en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es lo que confiere a esta pesquería su perfil especial de riesgo".⁶³²

6.181. México alega también que los Grupos Especiales no examinaron el hecho de que la medida sobre el atún de 2016 exige certificaciones de observadores en siete pesquerías nacionales estadounidenses cuando los observadores se encuentran a bordo por otros motivos.⁶³³ A juicio de México, esto plantea dudas como si esas siete pesquerías son de "alto riesgo", o si las prescripciones en materia de certificación reforzadas se imponen por razones distintas de las identificadas por los Grupos Especiales.⁶³⁴ Los Estados Unidos indican que México no esgrimió nunca ante los Grupos

⁶²⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 256.

⁶²⁹ Por el contrario, en su comunicación del apelado los Estados Unidos nos señalan pruebas obrantes en el expediente de los Grupos Especiales que indican que buques con LMD pueden no efectuar lances sobre delfines durante determinadas expediciones bien porque deciden no hacerlo o porque han alcanzado su LMD del año. Además, los LMD se pueden transferir o modificar a mitad de año, por lo que el hecho de que a un buque no se le haya asignado un LMD no significa que no pueda nunca legalmente efectuar lances sobre delfines ese año. (Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 262 (donde se hace referencia a APICD, Informe sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Documento MOP-28-05, 18 de octubre de 2013 (Prueba documental MEX-8 presentada a los Grupos Especiales), páginas 2-3; y a APICD, Informe sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Documento MOP-32-05, 20 de octubre de 2015 (Prueba documental USA-15 presentada a los Grupos Especiales), páginas 2-3)).

⁶³⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.572. (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas)

⁶³¹ Véase el párrafo 6.99 *supra*.

⁶³² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.572.

⁶³³ Véanse el párrafo 6.173 y la nota 613 *supra*.

⁶³⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 258 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 3.46; y a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos a los Grupos Especiales, nota 225 al párrafo 116, donde a su vez se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos

Especiales ningún argumento de que la prescripción adicional en materia de observadores impuesta a algunos buques estadounidenses en pesquerías de los Estados Unidos haga que la medida sobre el atún de 2016 no sea imparcial. Los Estados Unidos añaden que México no ha indicado ninguna razón para alegar que el hecho de que los Grupos Especiales no se refirieran a esta prescripción de certificación por un observador hace que su análisis sea "jurídicamente erróneo".⁶³⁵ En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México aclaró que su argumento no era que la prescripción de certificación por un observador, en sí y de por sí, haga que la medida no sea imparcial. Antes bien, México se refería al hecho de que los Grupos Especiales no abordaron en su análisis esta prescripción como otro ejemplo de la incoherencia del análisis de la adaptación efectuado por los Grupos Especiales y de que no tuvieron en cuenta todos los factores pertinentes.

6.182. Observamos que el argumento de México se refiere a un aspecto de las prescripciones en materia de certificación con respecto al cual los Grupos Especiales no formularon ninguna constatación. Ante los Grupos Especiales encargados de los presentes procedimientos sobre el cumplimiento, México se refirió a las certificaciones de observadores reflejadas en el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento al describir las prescripciones en materia de certificación previstas en la medida sobre el atún de 2016.⁶³⁶ Sin embargo, México no planteó preocupaciones específicas con respecto a estas certificaciones de observadores, ni durante el primer procedimiento sobre el cumplimiento ni ante los Grupos Especiales encargados de los presentes procedimientos sobre el cumplimiento.

6.183. Recordamos que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, los Estados Unidos identificaron siete pesquerías nacionales en las que habitualmente se captura atún.⁶³⁷ Esas siete pesquerías estadounidenses tienen un determinado nivel de cobertura por observadores, lo que significa que en estas pesquerías puede haber observadores a bordo en los buques pesqueros por razones no relacionadas con el régimen de etiquetado *dolphin safe*.⁶³⁸ Como señalaron el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación, el Administrador Adjunto ha determinado que, además de la certificación del capitán, los observadores de estas pesquerías están cualificados y autorizados para expedir las certificaciones exigidas para la etiqueta *dolphin safe*.⁶³⁹ Por lo tanto, con respecto a estas siete pesquerías estadounidenses, la medida sobre el atún de 2016, al igual que la medida sobre el atún de 2013, supedita el acceso a la etiqueta *dolphin safe* a la presentación de certificaciones tanto del capitán como del observador, pero solo cuando ya haya un observador a bordo del buque. No nos resulta claro por qué la presencia de observadores a bordo de los buques de pesca de las siete pesquerías estadounidenses, por razones no relacionadas con el régimen de etiquetado *dolphin safe*, "plantea dudas como si esas siete pesquerías son de 'alto riesgo'".⁶⁴⁰

6.184. En cualquier caso, con independencia de los motivos por los que un observador de ese tipo pueda estar ya a bordo del buque de conformidad con la medida sobre el atún de 2016, notamos que el observador debe preparar una declaración escrita en la que certifique que: i) no se dio muerte

Especiales), artículo 216.91(a)(3)(iv); y al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 3.45).

⁶³⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 264.

⁶³⁶ Primera comunicación escrita de México a los Grupos Especiales, párrafo 128 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 3.46).

⁶³⁷ Véase *supra*, nota 613.

⁶³⁸ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 128 y nota 245 a dicho párrafo 245 (donde se hace referencia a NMFS, *National Observer Program FY 2012 Annual Report* (2013) (Prueba documental US-114 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento), páginas 29-38).

⁶³⁹ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 3.46; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), nota 171 al párrafo 6.23. Véase también el reglamento de aplicación 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(iv). Los Estados Unidos apuntaron a pruebas obrantes en el expediente del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento que indicaban que el NMFS recurre a los observadores de las pesquerías para recopilar datos de buques comerciales pesqueros y de elaboración estadounidenses, así como de algunas plantas de elaboración portuarias. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia en estos procedimientos sobre el cumplimiento, los Estados Unidos indicaron que la información recopilada por los observadores de las pesquerías se utiliza para una amplia gama de objetivos de evaluación y supervisión y apoya la gestión y conservación de las pesquerías, los recursos protegidos y los ecosistemas en todos los Estados Unidos. (NMFS, *National Observer Program FY 2012 Annual Report* (2013) (Prueba documental US-114 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento), páginas vi-vii y 1-4)

⁶⁴⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 258.

ni hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún; y ii) en las pesquerías de buques de cerco, no se desplegaron redes de cerco sobre delfines ni se utilizaron para cercarlos deliberadamente durante la expedición en la que se capturó el atún.⁶⁴¹ Recordamos que el objetivo del análisis de la adaptación por los Grupos Especiales era establecer si "las distinciones establecidas entre los diferentes métodos de pesca de atún y las distintas zonas de los océanos podían explicarse o justificarse por las diferencias en el riesgo asociado a esos métodos de pesca y esas zonas de los océanos".⁶⁴² A juzgar por sus términos, esta prescripción parece reducir las diferencias en las prescripciones aplicables a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y las aplicables a todas las demás pesquerías, al utilizar un observador ya disponible a bordo del buque a fin de complementar los esfuerzos del capitán del buque para cumplir las prescripciones en materia de certificación. Por consiguiente, en nuestra opinión México no ha demostrado cómo esta prescripción en materia de observadores hace que el trato dado a las distintas pesquerías en virtud de la medida sobre el atún de 2016 no sea imparcial.

6.185. Pasamos seguidamente a examinar el argumento de México de que los Grupos Especiales no abordaron la prueba de adaptación desde la perspectiva de la exactitud, teniendo en cuenta los objetivos de la medida, sino desde la perspectiva de cuánta inexactitud se debe tolerar, a pesar de los objetivos. México señala la declaración de los Grupos Especiales de que "no creemos que, al tolerar un margen de error superior o inferior, las prescripciones en materia de certificación entren en conflicto con los objetivos de la medida sobre el atún de 2016".⁶⁴³ México sostiene que los Grupos Especiales no explicaron cómo el hecho de tolerar errores puede conciliarse o estar racionalmente relacionado con los objetivos de la medida de ofrecer información a los consumidores y proteger a los delfines. México afirma que, si los Grupos Especiales lo hubieran hecho, podrían haber constatado que el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún de 2016 no se puede justificar sobre la base de distinciones reglamentarias que toleran márgenes de error diferentes.

6.186. Los Estados Unidos aducen que las declaraciones de los Grupos Especiales relativas a los márgenes de error en estos procedimientos sobre el cumplimiento no dan a entender que existan diferencias en la exactitud de la etiqueta para el atún procedente de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y de otras pesquerías. Según los Estados Unidos, un mecanismo más sensible no supone necesariamente una etiqueta más exacta. Antes bien, también se debe tener en cuenta el perfil de riesgo de una pesquería.⁶⁴⁴

6.187. Como se describe en la sección 6.1.3.1.3 *supra*, los Grupos Especiales introdujeron por primera vez la expresión "margen de error" cuando examinaron, como cuestión general, la pertinencia del riesgo de inexactitud del etiquetado para su análisis de la adaptación. Como se analiza en esa sección, los Grupos Especiales utilizaron esta expresión para referirse a la sensibilidad de las condiciones de etiquetado pertinentes. En ese contexto, consideramos que los Grupos Especiales reconocieron correctamente que la exactitud de la etiqueta final depende no solo de la sensibilidad de las condiciones de etiquetado, sino también del nivel de los riesgos para los delfines en una pesquería. A nuestro juicio, los Grupos Especiales usaron la expresión "margen de error" en el mismo sentido en su evaluación de las prescripciones en materia de certificación.

6.188. México no está de acuerdo con la declaración de los Grupos Especiales de que, "[e]n el contexto de las prescripciones en materia de certificación, ... supone una adaptación que los Estados Unidos toleren un margen de error superior en las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y toleren un margen de error inferior en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO".⁶⁴⁵ La declaración de los Grupos Especiales a que México hace referencia debe entenderse en su debido contexto. Concretamente, los Grupos Especiales estaban examinando el argumento de México de que el uso de un mecanismo menos sensible fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO no puede ser imparcial si tiene como resultado que la etiqueta sea

⁶⁴¹ Reglamento de aplicación 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(iv).

⁶⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.108 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 282-284).

⁶⁴³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 263 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.607).

⁶⁴⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 269 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.599, 7.603-7.604 y 7.607).

⁶⁴⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.602.

menos exacta.⁶⁴⁶ A juicio de los Grupos Especiales, el argumento de México parecía basarse en la idea de que la certificación puede garantizar la exactitud del etiquetado en todos los casos. Sin embargo, los Grupos Especiales consideraron que la cuestión más pertinente es si la *posibilidad* de error es proporcionada a los diferentes riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. En consecuencia, los Grupos Especiales consideraron que "supone adaptación"⁶⁴⁷ que los Estados Unidos exijan un mecanismo más sensible en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO al tiempo que "toleran" un mecanismo menos sensible en otras pesquerías que tienen perfiles de riesgo relativamente más bajos. Según los Grupos Especiales, esta distinción aborda los riesgos relativos que corren los delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por un lado, y en otras pesquerías, por el otro, de una forma que se adapta en función de los perfiles de riesgo de esas pesquerías.⁶⁴⁸

6.189. Las declaraciones anteriores de los Grupos Especiales, leídas en su debido contexto, a nuestro juicio confirman que los Grupos Especiales se centraron correctamente en la cuestión de si la sensibilidad de las condiciones de etiquetado establecidas en la medida se adapta en función del nivel de riesgos para los delfines a fin de garantizar la exactitud de la etiqueta final. En efecto, como señalaron los Grupos Especiales, el simple hecho de que un buque tenga un observador a bordo no significa necesariamente, ni por sí solo, que en ese buque se expidan certificaciones más exactas.⁶⁴⁹ Por el contrario, la exactitud puede depender de muchas variables, entre las que figuran no solo las prescripciones existentes en materia de declaraciones, sino también los diferentes niveles de interacción con los delfines y de mortalidad y heridas graves de delfines en las distintas pesquerías.⁶⁵⁰ Así pues, aunque un observador puede reforzar la certificación, es posible que ese refuerzo adicional no sea siempre necesario, por ejemplo en las pesquerías en que el perfil de riesgo es relativamente bajo.⁶⁵¹

6.190. También con respecto al posible riesgo de inexactitud de la etiqueta *dolphin safe*, tomamos nota de la afirmación de México de que el Grupo Especial en el primer procedimiento sobre el cumplimiento constató que "puede ser *más fácil* o *más probable* que las certificaciones *dolphin safe* hechas únicamente por capitanes sean inexactas", con "la consecuencia" de "que puede ser más probable que el atún capturado por buques distintos de los grandes buques de cerco que faenan en el PTO se etiquete erróneamente como *dolphin safe*".⁶⁵² Sin embargo, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no formuló una constatación definitiva sobre esta cuestión. Antes bien, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, al hacer las declaraciones mencionadas por México, también explicó que aunque los Estados Unidos parecían haber "admi[tido] [...] que la certificación de un observador reafirma o aumenta la exactitud y la fiabilidad de la etiqueta", esa admisión "no implica la conclusión de que, sin observadores, las certificaciones de los capitanes son siempre y necesariamente 'intrínsecamente no fiables'".⁶⁵³ El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento añadió que, a su juicio, no "e[ra] necesario formular una constatación definitiva sobre ese punto".⁶⁵⁴

6.191. En cualquier caso, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento examinaba la medida sobre el atún de 2013. Los Grupos Especiales encargados de los presentes procedimientos sobre el cumplimiento señalaron que, en virtud de la arquitectura de la medida sobre el atún de 2016, las empresas atuneras privadas que abastecen el mercado de atún estadounidense están sujetas a las prescripciones de la medida sobre el atún de 2016 y son dichas empresas las que deben asegurar que los productos que venden cumplen las condiciones de la legislación estadounidense, "entre ellas que las certificaciones de los capitanes sean exactas".⁶⁵⁵ Los Grupos Especiales consideraron que, a diferencia de la situación que existía en el marco de la medida sobre el atún de 2013, el curso de

⁶⁴⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.604 (donde se hace referencia a la respuesta de México a la pregunta 86 de los Grupos Especiales, párrafo 147).

⁶⁴⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.602 y 7.606.

⁶⁴⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.606 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.122; y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292).

⁶⁴⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.608.

⁶⁵⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.123 y 7.608.

⁶⁵¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.608.

⁶⁵² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 263 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.168 (las cursivas figuran en el original)).

⁶⁵³ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.168. Véase también la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 268.

⁶⁵⁴ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.169.

⁶⁵⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.591.

capacitación incorporado en la medida sobre el atún de 2016 contiene información útil relativa a aspectos clave del proceso de certificación que ayudaría a los capitanes a comprender y desempeñar debidamente su responsabilidad de certificar la condición *dolphin safe* de un lance u otro empleo de artes. También consideraron que la prescripción en materia de formación está incorporada en un marco reglamentario suficientemente exigible y, por consiguiente, no carece de sentido ni es no exigible como afirmaba México. Además, los Grupos Especiales tomaron nota de que el curso de capacitación para capitanes ya está disponible en línea en nueve idiomas, entre ellos los idiomas de todos los mayores abastecedores de atún y productos de atún, como Filipinas, Tailandia y el Taipei Chino que México aduce que son muy deficientes en el control y supervisión de las actividades pesqueras.⁶⁵⁶ Como explicaron los Grupos Especiales, los propios Estados Unidos están difundiendo activamente el curso de capacitación para facilitar la aplicación efectiva de la prescripción en materia de formación.⁶⁵⁷ A nuestro juicio, las constataciones anteriores ilustran la forma en que los Grupos Especiales tuvieron en cuenta los posibles riesgos de inexactitud al realizar su análisis de la adaptación.

6.192. Por último, examinamos la alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones "contribuyen a garantizar que la medida sobre el atún de 2016 trate de manera similar situaciones similares", y "contribuyen a establecer un mecanismo para exigir que se cumplan los criterios de admisibilidad que se adaptan adecuadamente a los diferentes perfiles de riesgo en distintas pesquerías".⁶⁵⁸ México aduce que los Grupos Especiales no tuvieron plenamente en cuenta la afirmación que hizo de que las disposiciones relativas a las determinaciones no permiten la adaptación de la prescripción en materia de certificación en función del peligro extremo para los delfines en pesquerías en que está amenazada la sostenibilidad de las poblaciones y un reducido número de muertes de delfines puede tener consecuencias desastrosas. A juicio de México, el enfoque de los Grupos Especiales también hizo caso omiso del elevado número de muertes y heridas graves de delfines cuando se miden sobre una base absoluta.⁶⁵⁹

6.193. Recordamos que, conforme a la medida sobre el atún de 2016, el atún capturado en todas las pesquerías *que no sean* la pesquería de grandes buques de cerco del PTO puede necesitar la certificación de un observador⁶⁶⁰ además de la certificación del capitán, cuando el Administrador Adjunto de la NOAA haya determinado que en una pesquería distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO: i) existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún (similar a la que existe entre los delfines y el atún en el PTO); o ii) está habiendo mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes. El capitán y el observador deben certificar que: i) no se desplegaron artes de pesca sobre delfines ni se utilizaron para cercarlos deliberadamente durante la expedición en la que se capturó el atún; y ii) no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún.⁶⁶¹

6.194. Observamos que los argumentos de México relativos a la sostenibilidad de las poblaciones de delfines y el hecho de que los Grupos Especiales se basaran en el método por lance

⁶⁵⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.594 y 7.675.

⁶⁵⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.594-7.595.

⁶⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 265 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.710).

⁶⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 266 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.683).

⁶⁶⁰ A este observador se le describe como alguien que "participa en un programa nacional o internacional aceptable para el Administrador Adjunto". (Reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(v). Véanse también los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.68).

⁶⁶¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.68 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.91(a)(3)(v)). Tomamos nota de la explicación de los Grupos Especiales de que las disposiciones relativas a las determinaciones establecidas en la medida sobre el atún de 2016 se han aplicado al menos en una ocasión. El 28 de septiembre de 2016, el Administrador Adjunto emitió una determinación, sobre la base de la mejor información disponible, de que se estaba produciendo una mortalidad de delfines habitual e importante en las pesquerías de redes agalleras del océano Índico. En la determinación se establecía que cualquier producto de atún elaborado con atún procedente de estas pesquerías para ser comercializado en los Estados Unidos como *dolphin safe* tendría que ir acompañado por una certificación de un observador de un programa de observadores apto y autorizado y por una certificación que acredite la documentación de la captura, el contenido de las normas de etiquetado *dolphin safe* y la información sobre la cadena de custodia. (Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.685-7.686).

(en contraposición a los niveles absolutos de mortalidad y heridas graves) reproducen los argumentos que esgrime con respecto a la evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales. Estos argumentos ya se han examinado y rechazado en la sección 6.1.4.4 *supra*.⁶⁶²

6.195. Además, México sostiene que los Grupos Especiales no tuvieron plenamente en cuenta el hecho de que, al aplicar las disposiciones relativas a las determinaciones, los Estados Unidos se basan en "un promedio de 20 años de mortalidad directa de delfines causada por los lances sobre delfines en el PTO" entre 1997-2017 para determinar si hay mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes en una pesquería determinada.⁶⁶³ México sostiene que, como el promedio de 20 años (entre 1997 y 2017) abarca un período en el que la mortalidad de delfines era más elevada en el PTO, el punto de referencia de los Estados Unidos con arreglo a las disposiciones relativas a las determinaciones es considerablemente más elevado que la mortalidad media, en la que los Grupos Especiales se basaron "en otra parte".⁶⁶⁴ Según México, los Grupos Especiales no abordaron esta incoherencia en los datos en que se basaron. México sostiene además que la constatación de los Grupos Especiales indica un enfoque en virtud del cual, si se constata que una pesquería tiene una tasa de mortalidad por lance menor que la del PTO (sobre la base de un promedio de 20 años), se supone *automáticamente* que no hay riesgos para los delfines, o dichos riesgos son *de minimis*. México considera que esto es "una aplicación errónea de la prueba de adaptación".⁶⁶⁵

6.196. Recordamos que en su anuncio de apelación México impugna expresamente la evaluación realizada por los Grupos Especiales de: i) los criterios de admisibilidad; ii) las prescripciones en materia de certificación; iii) las prescripciones en materia de seguimiento y verificación; y iv) la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad.⁶⁶⁶ El anuncio de apelación de México no incluye una alegación en la que se impugnen las constataciones separadas formuladas por los Grupos Especiales con respecto a las disposiciones relativas a las determinaciones.⁶⁶⁷ Sin embargo, en su comunicación del apelante, México parece impugnar precisamente estas constataciones. Además, observamos que esta alegación de México no se refiere directamente a las prescripciones en materia de certificación reforzadas, que se aplican después de que el Administrador Adjunto haya determinado que: i) en una pesquería distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO existe una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines (similar a la que existe entre el atún y los delfines en el PTO); o ii) se producen mortalidad o heridas graves habituales e importantes de delfines en una pesquería determinada.⁶⁶⁸ La alegación de México se refiere más bien al método adoptado por los Estados Unidos para permitir que el Administrador Adjunto formule esas determinaciones, que los Grupos Especiales no abordaron en su evaluación de las prescripciones en materia de certificación, y que México no impugna por separado en apelación. Además, en respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México dijo expresamente que no impugnaba las constataciones separadas de los Grupos Especiales sobre las disposiciones relativas a las determinaciones. En cambio, México explicó que su referencia a las constataciones de los Grupos Especiales tenía simplemente como objetivo señalar que las disposiciones relativas a las determinaciones no subsanan la falta de imparcialidad de la medida sobre el atún de 2016.

6.197. Una evaluación de la imparcialidad de la medida sobre el atún de 2016 "debe tener en cuenta el hecho de que sus diversos elementos ... establecen una serie de condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe* que son acumulativas y están sumamente interrelacionadas".⁶⁶⁹ Por consiguiente, en tanto en cuanto los argumentos de México concernientes al método de los Estados Unidos para aplicar las disposiciones relativas a las determinaciones influyen en la imparcialidad de la medida sobre el atún de 2016, debido a los aspectos "acumulativ[o]s y ...

⁶⁶² Véanse también los párrafos 6.122 y 6.143 *supra*.

⁶⁶³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 266 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.683). El promedio de 20 años abarca un período que empieza dos años antes de la entrada en vigor del régimen del APICD cuando la mortalidad era superior. El período de 20 años abarca también los años en que hubo una reducción drástica de la mortalidad de delfines observada en el PTO, a raíz de la entrada en vigor del régimen del APICD. (Véanse el párrafo 5.2 *supra*; y el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 2.39 y 7.609)

⁶⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 266.

⁶⁶⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 266.

⁶⁶⁶ Anuncio de apelación de México, párrafo 9 a)-d).

⁶⁶⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.677-7.702.

⁶⁶⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.677.

⁶⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.166.

sumamente interrelacionad[o]s" de las diversas condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*, consideramos que los argumentos de México se nos han sometido debidamente.

6.198. Los argumentos que México esgrime en apelación indican que existe una incoherencia entre el hecho de que los Grupos Especiales se basaran en datos de 2009-2015 del PTO para llegar a una constatación y el análisis que hicieron de los datos extraídos de un promedio de 20 años que abarca 1997 y 2017 en su evaluación del método de los Estados Unidos para aplicar las disposiciones relativas a las determinaciones.⁶⁷⁰ Los argumentos de México parecen mezclar dos aspectos diferentes de los análisis realizados por los Grupos Especiales. En primer lugar, recordamos que al evaluar si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los Grupos Especiales examinaron primero los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca que se utilizan en distintas zonas del océano. A este respecto, los Grupos Especiales constataron que los lances sobre delfines causaban daños tanto observables como no observables a los delfines.⁶⁷¹ Concretamente, los Grupos Especiales constataron que, "[e]n lo que concierne a los daños observables, ... los lances sobre delfines en el PTO han causado en promedio 91,15 muertes de delfines entre 2009 y 2015".⁶⁷² Para analizar los criterios de admisibilidad de la medida sobre el atún de 2016, los Grupos Especiales se basaron, entre otras, en esta constatación para concluir que "globalmente, el perfil de riesgo de los lances sobre delfines es muy superior al de cada uno de los otros seis métodos de pesca utilizados para capturar atún".⁶⁷³

6.199. En segundo lugar, al evaluar las disposiciones relativas a las determinaciones en el marco de la medida sobre el atún de 2016, los Grupos Especiales examinaron, entre otras cosas, el método que usan los Estados Unidos en virtud de las disposiciones relativas a las determinaciones para evaluar los niveles de mortalidad y heridas graves de delfines. A este respecto, los Grupos Especiales observaron que los Estados Unidos utilizan un "promedio de datos por lance" recopilados en el PTO entre 1997 y 2017 (que los Estados Unidos calculan es de 0,1265 muertes de delfines por lance).⁶⁷⁴ Así pues, en el contexto de las disposiciones relativas a las determinaciones, los Grupos Especiales no eligieron los datos que utilizarían sino que tenían el cometido de examinar si el método utilizado por los Estados Unidos al aplicar sus disposiciones relativas a las determinaciones era arbitrario, como había alegado México.

6.200. Por consiguiente, a diferencia de lo que indican los argumentos de México, no hay incoherencia entre, por un lado, el hecho de que los Grupos Especiales se basaran en datos de 2009-2015 para examinar los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca (sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente sobre su utilización en distintas zonas del océano), y por otro, la evaluación realizada por los Grupos Especiales del método de los Estados Unidos para aplicar las disposiciones relativas a las determinaciones, sobre la base de datos extraídos de un promedio de 20 años que abarca el período 1997-2017.⁶⁷⁵

⁶⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 266. Al impugnar estas constataciones de los Grupos Especiales, señalamos que México no cuestiona la objetividad de la evaluación de los hechos por los Grupos Especiales, como se exige en el artículo 11 del ESD.

⁶⁷¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.518.

⁶⁷² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.519.

⁶⁷³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.525.

⁶⁷⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.698 (donde se hace referencia a Mortalidad de delfines por lance debida a lances sobre delfines en el PTO y en otras pesquerías (Prueba documental USA-111 presentada a los Grupos Especiales)).

⁶⁷⁵ Entendemos que el principal argumento de México en apelación repite el argumento que esgrimió ante los Grupos Especiales de que el promedio de 20 años (entre 1997 y 2017) exagera artificialmente el punto de referencia en que se basan los Estados Unidos al aplicar sus disposiciones relativas a las determinaciones. Al mismo tiempo, como se indica en el párrafo 6.196 *supra*, México declaró explícitamente que no impugnaba las constataciones separadas de los Grupos Especiales sobre las disposiciones relativas a las determinaciones en que abordaban el método de los Estados Unidos. En todo caso, habida cuenta de la constatación no controvertida de los Grupos Especiales de que las prescripciones adicionales impuestas por el APICD han reducido considerablemente el alcance de la mortalidad y heridas graves en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, no vemos ninguna razón para discrepar de la explicación de los Grupos Especiales de que, a efectos de las disposiciones relativas a las determinaciones, sería engañoso comparar, como México sugiere, el perfil de riesgo del PTO en 2015, después de la adopción de prescripciones reforzadas en materia de certificación y de seguimiento y verificación de conformidad con el APICD, con el perfil de riesgo de otras pesquerías que no están sujetas a prescripciones similares. (Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.699). Además, incluso conforme a los datos de 2009-2015, con la excepción de la pesquería de redes agalleras del océano Índico, los Grupos Especiales explicaron que, basándose en su análisis de las pruebas disponibles en el expediente, las demás pesquerías tienen un perfil de riesgo más bajo que la

6.201. México sostiene también que la constatación de los Grupos Especiales en relación con las disposiciones relativas a las determinaciones indica un enfoque conforme al cual, si se considera que una pesquería tiene una tasa de mortalidad por lance más baja que el PTO (sobre la base de un promedio de 20 años), y por lo tanto no se designa conforme a las disposiciones relativas a las determinaciones que necesita prescripciones en materia de certificación reforzadas, "se supone *automáticamente* que no hay riesgos para los delfines o dichos riesgos son *de minimis*".⁶⁷⁶ Consideramos que el argumento de México no reconoce que, incluso sin una designación efectuada con arreglo a las disposiciones relativas a las determinaciones, en virtud de la medida sobre el atún de 2016 todos los productos de atún exportados desde los Estados Unidos u ofrecidos para la venta en esta país están sujetos a prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, con independencia de la pesquería de la que procedan. Igualmente, el argumento de México no encuentra apoyo en el expediente de los Grupos Especiales ni en sus informes. Los Grupos Especiales, después de examinar las pruebas obrantes en el expediente sobre los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, concluyeron que, en la actualidad, aunque algunas de las demás pesquerías presentaban algunos riesgos para los delfines⁶⁷⁷, la inmensa mayoría de las pesquerías del mundo tienen un perfil de riesgo menor que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.⁶⁷⁸

6.202. Además, la pregunta planteada a los Grupos Especiales no era si las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO presentaban algún riesgo para los delfines. La pregunta planteada a los Grupos Especiales era si las disposiciones relativas a las determinaciones, al imponer prescripciones más estrictas en materia de certificación y de seguimiento y verificación en circunstancias específicas, permiten que la medida sobre el atún de 2016 aborde de manera similar riesgos similares, garantizando por tanto que la medida sobre el atún de 2016 se adapte debidamente en función de los riesgos para los delfines. Los Grupos Especiales respondieron a esta pregunta y constataron que las disposiciones relativas a las determinaciones crean una flexibilidad "que contribuye a garantizar que la medida sobre el atún de 2016 se adapte en función de los diferentes riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".⁶⁷⁹ Teniendo en cuenta el análisis anterior, no vemos ningún motivo para discrepar de esta constatación de los Grupos Especiales.

6.203. En resumen, hemos constatado que los Grupos Especiales adoptaron el enfoque correcto al comparar los perfiles de riesgo de pesquerías individuales, porque las prescripciones en materia de certificación hacen una distinción sobre la base tanto del método de pesca como de la zona del océano. Al no haber constatado error jurídico alguno en la evaluación de los perfiles de riesgo realizada por los Grupos Especiales, consideramos que los Grupos Especiales no incurrieron en error al constatar que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un perfil especial de riesgo que la diferencia de otras pesquerías. También hemos examinado y rechazado todos los argumentos de México en los que se impugna la evaluación de las prescripciones en materia de certificación realizada por los Grupos Especiales, incluida la afirmación de que los Grupos Especiales no tomaron en cuenta los riesgos de inexactitud en su análisis de la adaptación.

6.204. Por todas estas razones, constatamos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error al llegar a la constatación intermedia de que las prescripciones en materia de certificación diferentes se adaptan a los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁶⁸⁰

6.1.5.4 Prescripciones en materia de seguimiento y verificación

6.205. México alega que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que, aunque sigue habiendo diferencias entre los regímenes de la NOAA y el APICD con respecto al seguimiento y la

pesquería de grandes buques de cerco del PTO. (Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.441, 7.572, 7.685 y 7.699).

⁶⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 266. (las cursivas figuran en el original) En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia México reconoció que el empleo de la expresión "*de minimis*" en su argumento puede haber exagerado la cuestión. No obstante, insistió en que lo que quería decir es que las disposiciones relativas a las determinaciones eran deficientes porque no tuvieron en cuenta determinados factores pertinentes, como las tasas de mortalidad en una pesquería determinada.

⁶⁷⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.541.

⁶⁷⁸ Informes de los Grupos Especiales párrafo 7.700.

⁶⁷⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.691. Véase también *ibid.*, párrafo 7.702.

⁶⁸⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.611.

verificación, esas diferencias se han reducido considerablemente en la medida sobre el atún de 2016, y que las diferencias restantes se adaptan a las diferencias en el perfil de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con otras pesquerías.⁶⁸¹

6.206. Como se describe en la sección 5 *supra*, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2016 conciernen a la separación física del atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe* desde el momento de la captura y durante toda la cadena de transformación.⁶⁸² Concretamente, la medida sobre el atún de 2016 impone las prescripciones documentales para registrar y verificar la separación y la correspondiente supervisión reglamentaria. Al igual que las prescripciones en materia de certificación, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferencian entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO⁶⁸³ y todas las demás pesquerías.⁶⁸⁴

6.207. Observamos que los argumentos que México esgrime en apelación, así como el análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación realizado por los Grupos Especiales, se refieren ampliamente a la evolución de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2016 respecto de las establecidas en la medida sobre el atún de 2013, en vista de las constataciones al respecto formuladas por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación. Por consiguiente, para situar la cuestión en apelación en su debido contexto, presentamos unos breves antecedentes de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2013 y de las constataciones al respecto del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento y el Órgano de Apelación. A continuación describimos brevemente las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2016 antes de resumir las constataciones de los Grupos Especiales. Después examinamos las alegaciones de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al formular sus constataciones sobre las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida sobre el atún de 2016.

6.1.5.4.1 Resumen de las constataciones formuladas en el primer procedimiento sobre el cumplimiento con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2013

6.208. En la medida sobre el atún de 2013, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación se referían principalmente a la separación física del atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe*, desde el momento de la captura y durante toda la cadena de transformación. Como la medida sobre el atún de 2016, la medida sobre el atún de 2013 imponía las prescripciones documentales para registrar y verificar la separación y la correspondiente supervisión reglamentaria. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento observó que existían diferencias entre las prescripciones en materia de seguimiento y verificación que se aplicaban a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por una parte, que se regía por el Sistema de Seguimiento y Verificación del APICD, y todas las demás pesquerías, por la otra. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró que esas diferencias estaban relacionadas "en términos generales con el alcance, la exactitud y el grado de supervisión gubernamental de los sistemas de seguimiento y verificación".⁶⁸⁵

6.209. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento empleó la palabra "alcance" para referirse al punto hasta el que puede rastrearse el atún en sentido inverso. Según ese Grupo Especial, de conformidad con las prescripciones en materia de mantenimiento de registros aplicables a la

⁶⁸¹ Anuncio de apelación de México, párrafo 9.c (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.650, 7.652 y 7.671-7.676).

⁶⁸² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.613 (donde se hace referencia al reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.93(c)(1)-(3); y al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 6.12).

⁶⁸³ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.56-7.61. Véase también el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.93(a)-(c)(1).

⁶⁸⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.62 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos a los Grupos Especiales, párrafo 143). Véase también el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículos 216.91(4)-(5) y 216.93(c)(2)-(3) y (d)(4).

⁶⁸⁵ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.354. (no se reproducen las cursivas)

pesquería de grandes buques de cerco del PTO, el atún podía seguirse en sentido inverso durante todo el proceso hasta el lance concreto en que fue capturado y la bodega concreta en la que fue almacenado.⁶⁸⁶ En cambio, en todas las demás pesquerías el atún solo podía ser rastreado en sentido inverso hasta el buque y la expedición en que fue capturado.⁶⁸⁷

6.210. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento utilizó la palabra "exactitud" para describir el grado en que una declaración del capitán (o, cuando sea aplicable, del observador) describe adecuadamente el lote de atún al que se asigna. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la exactitud atribuible a los registros exigidos en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO era mucho más rigurosa que la de los registros exigidos con respecto a todas las demás pesquerías.⁶⁸⁸

6.211. Por último, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento utilizó la expresión "supervisión gubernamental" para referirse a la medida en que una autoridad nacional, regional o internacional participaba en el proceso de seguimiento y verificación. Este Grupo Especial constató que, a diferencia de lo que ocurre en las demás pesquerías, en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO la información relativa a cada etapa del proceso de captura y enlatado del atún se proporcionaba a las autoridades nacionales y regionales. Por lo tanto, en principio estas autoridades podían verificar en cualquier etapa del proceso de captura y enlatado si un lote determinado de atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO era *dolphin safe*.⁶⁸⁹

6.212. Por consiguiente, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que las diferencias en el alcance, exactitud y supervisión gubernamental demostraban que el sistema de seguimiento y verificación vigente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es menos gravoso que el aplicado dentro del PTO. Por lo tanto, constató que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares.⁶⁹⁰ El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento concluyó además que la medida sobre el atún de 2013 era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque, entre otras cosas, los Estados Unidos no habían demostrado que el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.⁶⁹¹

6.213. En apelación, el Órgano de Apelación constató determinados errores en el razonamiento del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento que sirvió de base a sus constataciones de incompatibilidad. En particular en lo que se refiere a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Órgano de Apelación constató, entre otras cosas, que el análisis del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no había incluido un examen de: i) los riesgos relativos para los delfines derivados de técnicas de pesca diferentes en distintas zonas de los océanos; y ii) si las distinciones que establecía la medida sobre el atún de 2013 en cuanto a las condiciones diferentes de acceso a la etiqueta *dolphin safe* se explicaban a la luz de los perfiles relativos. Además, el Órgano de Apelación constató que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no había tenido plenamente en cuenta las circunstancias concretas de este caso. El Órgano de Apelación consideró que esas circunstancias incluían el "diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación" de la medida sobre el atún de 2013, así como la manera en que se habían evaluado en el procedimiento inicial cuestiones similares relativas a la medida sobre el atún inicial.⁶⁹² Al formular estas constataciones, el Órgano de Apelación no analizó de manera específica las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento acerca del alcance, la exactitud y la supervisión gubernamental de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2013.

⁶⁸⁶ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.355 (donde se hace referencia a APICD, Resolución para adoptar el Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún modificado (20 de junio de 2001) (Prueba documental MEX-36 presentada al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento).

⁶⁸⁷ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.356.

⁶⁸⁸ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.360-7.363.

⁶⁸⁹ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.364-7.369.

⁶⁹⁰ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.370 y 7.382.

⁶⁹¹ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.400 y 8.2.

⁶⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.169.

6.214. No obstante, una vez realizado su examen, el Órgano de Apelación todavía constató que: i) la medida sobre el atún de 2013 modificaba las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense; ii) ese efecto perjudicial no se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima; y, por lo tanto, iii) la medida sobre el atún de 2013 daba un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos y otros países.⁶⁹³

6.1.5.4.2 Resumen de las constataciones formuladas por los Grupos Especiales con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2016

6.215. Como se describe en la sección 5 *supra*, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2016 imponen las prescripciones documentales para registrar y verificar la separación y la correspondiente supervisión reglamentaria. Estas prescripciones diferencian entre: i) la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que debe cumplir lo dispuesto en el Sistema de Seguimiento y Verificación del APICD⁶⁹⁴; y ii) todas las demás pesquerías, que deben cumplir las prescripciones impuestas en el reglamento de aplicación de 2016, denominado "régimen de la NOAA".⁶⁹⁵ Así pues, la pesquería de grandes buques de cerco del PTO está sujeta al régimen del APICD, mientras que todas las demás pesquerías están sujetas al régimen de la NOAA.

6.216. Los Grupos Especiales consideraron que la cuestión que se les planteaba era si las distinciones con respecto al seguimiento y verificación que hace la medida sobre el atún de 2016 entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y todas las demás pesquerías se adaptan en función de los perfiles de riesgo diferentes de las pesquerías pertinentes.⁶⁹⁶ En cuanto a la diferencia en los perfiles de riesgo que los Grupos Especiales tuvieron en cuenta en su análisis, los Grupos Especiales recordaron su constatación de que "la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un perfil especial de riesgo que la diferencia de otras pesquerías en todo el mundo".⁶⁹⁷

6.217. Los Grupos Especiales reconocieron que el Órgano de Apelación había considerado erróneo el "enfoque segmentado" adoptado por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento al analizar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida sobre el atún de 2013. No obstante, los Grupos Especiales subrayaron que el Órgano de Apelación *no* había hallado ningún error en el enfoque conceptual adoptado por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento para evaluar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida sobre el atún de 2013. En particular, los Grupos Especiales señalaron que el Órgano de Apelación no había criticado al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento por haber analizado las diferencias entre los regímenes diferentes desde el punto de vista del alcance, la exactitud y el grado de supervisión gubernamental. Señalaron que, durante los presentes procedimientos sobre el cumplimiento, las propias partes habían presentado sus argumentos desde el mismo punto de vista. Por consiguiente, conscientes de la crítica que hizo el Órgano de Apelación al hecho de que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no hubiera tenido "plenamente en cuenta ... la manera en que se habían evaluado en el procedimiento inicial circunstancias similares relativas a la medida sobre el atún inicial"⁶⁹⁸, los Grupos Especiales consideraron que, al evaluar la medida sobre el atún de 2016, era adecuado seguir el marco conceptual ideado por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento con respecto al *alcance*, la *exactitud* y el *grado de supervisión gubernamental*.⁶⁹⁹

⁶⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 8.1.a.viii. Véase también el párrafo 1.11 *supra*.

⁶⁹⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.56-7.61. Véase también el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículo 216.93(a)-(c)(1).

⁶⁹⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.62 (donde se cita la primera comunicación escrita de los Estados Unidos a los Grupos Especiales, párrafo 143). Véase también el reglamento de aplicación de 2016 (Pruebas documentales MEX-2 y USA-2 presentadas a los Grupos Especiales), artículos 216.91(4)-(5) y 216.93(c)(2)-(3) y (d)(4).

⁶⁹⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.651.

⁶⁹⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.652.

⁶⁹⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.622 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.169).

⁶⁹⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.622 y 7.653.

6.218. Por lo que respecta al *alcance*, los Grupos Especiales constataron que, como la medida sobre el atún de 2013, la medida sobre el atún de 2016 somete al atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO a las prescripciones del régimen del APICD, conforme al cual ese atún se puede rastrear en sentido inverso hasta el lance concreto en que fue capturado y la bodega concreta en que fue almacenado, o hasta un determinado RSA si la bodega o las bodegas en que el atún objeto del RSA fue almacenado contenían atún procedente de varios lances. Los Grupos Especiales constataron que, en el marco del régimen de la NOAA, a raíz de las modificaciones introducidas en la medida sobre el atún de 2016 en relación con las nuevas prescripciones en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia, el atún se puede rastrear en sentido inverso hasta una o más bodegas u otros lugares de almacenamiento en el caso de una expedición de pesca determinada. Por lo tanto, sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente, a los Grupos Especiales les pareció que, con arreglo a ambos regímenes, el del APICD y el de la NOAA, es posible rastrear el atún en sentido inverso hasta una o más bodegas en las que fue almacenado. Por consiguiente, a los Grupos Especiales les pareció que ya no hay ninguna diferencia importante con respecto al alcance de las prescripciones entre el régimen del APICD y el de la NOAA.⁷⁰⁰

6.219. Por lo que respecta a la *exactitud*, los Grupos Especiales señalaron que, de conformidad con la medida sobre el atún de 2016, y, en particular, conforme a la nueva prescripción del régimen de la NOAA en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia para los productos de atún producidos con atún procedente de "otras pesquerías", las empresas de transformación y los importadores estadounidenses de atún o productos de atún ahora están obligados a recopilar y conservar durante dos años información sobre cada punto de la cadena de custodia del atún o producto de atún. Esta información se debe facilitar al NMFS previa petición y debe ser suficiente para que este pueda rastrear en sentido inverso cualquier producto comercializado como *dolphin safe* con el fin de verificar que el producto de atún cumple realmente las prescripciones en materia de etiquetado *dolphin safe*. A juicio de los Grupos Especiales, estas modificaciones parecen abordar directamente la preocupación que tenía el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en el sentido de que, en el marco de la medida sobre el atún de 2013, la exactitud atribuible a los registros exigidos en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO parecía ser mucho más rigurosa que la de los registros exigidos con respecto a todas las demás pesquerías.⁷⁰¹

6.220. Por lo que respecta a la *supervisión gubernamental*, los Grupos Especiales recordaron que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento había explicado que, en el marco del régimen del APICD, la información relativa a cada etapa del proceso de captura y enlatado del atún se proporciona a las autoridades nacionales y regionales, a las que se deben enviar copias de los RSA y por consiguiente pueden verificar en cualquier etapa del proceso de captura y enlatado si un lote determinado de atún es *dolphin safe*. En cambio, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento se había mostrado preocupado por la incapacidad del Gobierno estadounidense en el marco del régimen de la NOAA para ir "más allá de los documentos" a fin de verificar los movimientos del atún antes de su llegada a la fábrica de conservas.⁷⁰²

6.221. Los Grupos Especiales señalaron que la medida sobre el atún de 2016 mantiene la prescripción, establecida en la medida sobre el atún de 2013, de que las empresas de transformación de atún estadounidenses presenten informes mensuales al Programa de Seguimiento y Verificación del Atún de los Estados Unidos en relación con todo el atún recibido en sus instalaciones de transformación. Al mismo tiempo, los Grupos Especiales señalaron que la nueva prescripción del régimen de la NOAA en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia para los productos de atún producidos con atún procedente de "otras pesquerías", a la que se hace referencia en el párrafo 6.219 *supra*, aborda la incapacidad anterior del Gobierno estadounidense en el marco del régimen de la NOAA para ir "más allá de los documentos", ya que el NMFS puede comprobar ahora la información sobre el movimiento del atún incluso antes de que llegue a la fábrica de conservas. A juicio de los Grupos Especiales, esta modificación parece colmar la diferencia que existía anteriormente entre el régimen del APICD y el de la NOAA.⁷⁰³

⁷⁰⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.654-7.656.

⁷⁰¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.657 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.360-7.361).

⁷⁰² Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.658-7.660 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.364-7.368).

⁷⁰³ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.661-7.663.

6.222. Sin embargo, en lo que respecta en particular a la delegación de responsabilidad para elaborar sistemas de seguimiento y verificación, los Grupos Especiales señalaron que seguía habiendo diferencias entre los dos regímenes. Observaron que, conforme al régimen del APICD, el Secretariado⁷⁰⁴ actúa como intermediario en las solicitudes de los datos y documentación que permitirán a una parte obtener información de las empresas de transformación de otra parte que sea suficiente para rastrear en sentido inverso un producto de atún a lo largo de su cadena de custodia hasta el buque y la expedición de captura.⁷⁰⁵ En cambio, los Grupos Especiales coincidieron con México en que el proceso de recopilación y mantenimiento de la información en el marco del régimen de la NOAA todavía parece basarse excesivamente en los importadores y empresas de transformación. Además, los Grupos Especiales consideraron que, en el marco de la medida sobre el atún de 2016, el grado de supervisión gubernamental de las operaciones de captura y transformación que tienen lugar fuera de los Estados Unidos parecía ser un tanto limitado.⁷⁰⁶

6.223. Por lo tanto, los Grupos Especiales consideraron que, aunque la medida sobre el atún de 2016 había reducido las diferencias entre los regímenes del APICD y de la NOAA en varios aspectos de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, todavía había diferencias entre los dos regímenes en lo que respecta al alcance de la supervisión gubernamental. Al evaluar la importancia jurídica de esas diferencias, los Grupos Especiales señalaron que la medida se puede adaptar a los riesgos para los delfines cuando utiliza un mecanismo más sensible en zonas en que los riesgos sean altos, pero uno menos sensible en zonas donde los riesgos sean bajos. Los Grupos Especiales consideraron que, debido al perfil especial de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún de 2016 "se adapta" para aplicar prescripciones menos estrictas (es decir, menos sensibles) con respecto a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y para imponer prescripciones más estrictas (es decir, más sensibles) dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.⁷⁰⁷ A juicio de los Grupos Especiales, las diferencias en las prescripciones son proporcionadas a la diferencia en los riesgos para los delfines derivados de la utilización de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁷⁰⁸

6.224. Además, a juicio de los Grupos Especiales, las disposiciones relativas a las determinaciones crean una flexibilidad que permite a la medida sobre el atún de 2016 tratar de manera similar situaciones similares. Según los Grupos Especiales, las disposiciones relativas a las determinaciones actúan conjuntamente con las prescripciones en materia de seguimiento y verificación para garantizar que la medida sobre el atún de 2016 se adapte en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁷⁰⁹

6.225. Los Grupos Especiales también tomaron nota del argumento de México de que varios de los países que son los mayores proveedores de atún y productos de atún, como Filipinas, Tailandia y el Taipei Chino son muy deficientes en el control y supervisión de las actividades pesqueras y han sido identificados como sumamente vulnerables a la pesca INDNR. Sin embargo, los Grupos Especiales recordaron que el régimen de la NOAA prevé que los incumplimientos de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación pueden dar lugar a la imposición de sanciones. En particular, se pueden aplicar sanciones por ofrecer para la venta o exportación productos de atún falsamente etiquetados como *dolphin safe* a cualquier productor, importador, exportador, distribuidor o vendedor que esté sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos. Así pues, aunque el Departamento de Comercio de los Estados Unidos no tenga competencia para auditar los buques de pesca extranjeros, los cargueros y las empresas de transformación extranjeras, o la vulnerabilidad a la pesca INDNR en algunos países, los Grupos Especiales consideraron que los Estados Unidos, mediante la medida sobre el atún de 2016, tienen los medios necesarios para inducir al cumplimiento de las empresas de transformación e importadores estadounidenses.⁷¹⁰

⁷⁰⁴ Por "Secretariado" se entiende el personal de la CIAT. (Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún, modificado (2015) (Prueba documental USA-90 presentada a los Grupos Especiales), Sección 1, apartado i).

⁷⁰⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.665 (donde se hace referencia al Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, Sistema de Seguimiento y Verificación del Atún, modificado (2015) (Prueba documental USA-90 presentada a los Grupos Especiales), Sección 7).

⁷⁰⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.664-7.666.

⁷⁰⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.671.

⁷⁰⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.671-7.673.

⁷⁰⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.674.

⁷¹⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.675.

6.226. Por estas razones, los Grupos Especiales constataron que, aunque seguía habiendo diferencias entre los regímenes de la NOAA y el APICD con respecto al seguimiento y verificación, esas diferencias se habían reducido considerablemente en la medida sobre el atún de 2016. Los Grupos Especiales también constataron que estas diferencias restantes se adaptan a las diferencias en el perfil de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con otras pesquerías.⁷¹¹

6.1.5.4.3 Análisis jurídico

6.227. México sostiene que los Grupos Especiales incurrieron en error en su análisis de la adaptación de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación: i) al rechazar la fiabilidad de las declaraciones y ordenación de las pesquerías como elementos pertinentes para evaluar la adaptación de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y al constatar que se puede considerar que la medida se adapta cuando permite márgenes de error mayores para las certificaciones en todas las zonas del océano distintas del PTO⁷¹²; ii) al constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones contribuyen a la adaptación de la medida⁷¹³; y iii) al aplicar un análisis incorrecto para concluir que las diferencias entre las prescripciones aplicables a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y a otras pesquerías se han reducido.⁷¹⁴ Además, México sostiene que los Grupos Especiales actuaron de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al negarse a considerar en modo alguno pruebas que, según México, eran directamente pertinentes e importantes para el resultado del análisis jurídico de los Grupos Especiales.⁷¹⁵

6.228. Los Estados Unidos sostienen que la impugnación por México de la evaluación realizada por los Grupos Especiales de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación debe ser desestimada. Los Estados Unidos aducen que: i) los Grupos Especiales no omitieron ningún factor pertinente en su evaluación de si la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función de los perfiles de riesgo de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano⁷¹⁶; ii) la alegación de México contra el razonamiento de los Grupos Especiales de que las disposiciones relativas a las determinaciones contribuyen a la adaptación de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación debe ser rechazada⁷¹⁷; y iii) México no presenta ninguna razón de por qué el análisis realizado por los Grupos Especiales de las diferencias entre los regímenes de seguimiento y verificación del APICD y de la NOAA constituye un error jurídico.⁷¹⁸ Los Estados Unidos afirman además que la alegación formulada por México al amparo del artículo 11 del ESD debe ser desestimada.⁷¹⁹

6.229. Comenzamos por la alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error en su análisis de la adaptación al no tener en cuenta varios criterios pertinentes que incluyen "la suficiencia de la supervisión reglamentaria, la fiabilidad de las declaraciones, la existencia de pesca INDNR y la existencia de transbordo en el mar".⁷²⁰ En cambio, según México, los Grupos Especiales basaron erróneamente su análisis de la adaptación en "la probabilidad de que los lances sobre delfines conformes con el APICD realizados en el PTO produzcan atún *dolphin safe* y no *dolphin safe* en comparación con la probabilidad en todas las demás pesquerías ... y en el supuesto 'margen de error' en la etiqueta asociada a esa probabilidad".⁷²¹

6.230. Como observación preliminar, señalamos que, al referirse a los "lances sobre delfines conformes con el APICD realizados en el PTO", el argumento de México parece dar a entender que

⁷¹¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.676.

⁷¹² Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 275-277.

⁷¹³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 280.

⁷¹⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 285-299. México aduce también que el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales es defectuoso, debido a supuestos errores cometidos en su evaluación de los perfiles de riesgo. (Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 273-274). Recordamos que estos argumentos se examinaron en la sección 6.1.4 *supra*.

⁷¹⁵ Anuncio de apelación de México, párrafo 9.c (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 6.57 y 7.656); y comunicación del apelante presentada por México, párrafo 306.

⁷¹⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 281.

⁷¹⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 300.

⁷¹⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 281.

⁷¹⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 281.

⁷²⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 278.

⁷²¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 278. Véase también *ibid.*, párrafos 275-277.

los Grupos Especiales examinaron las prescripciones en materia de seguimiento y verificación desde la perspectiva del régimen del APICD. Recordamos que el APICD solamente se aplica al PTO. Aunque la medida sobre el atún de 2016 aplica el Sistema de Seguimiento y Verificación del APICD a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún de 2016 no aplica ese sistema a las demás pesquerías del PTO. En lugar de ello las demás pesquerías están sujetas al régimen de la NOAA. Así pues, los Grupos Especiales no se centraron en qué distinciones se manifestaban entre los métodos conformes con el APICD y los no conformes con él. Antes bien, a nuestro modo de ver los Grupos Especiales centraron correctamente su análisis en las distinciones en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación establecidas en la medida sobre el atún de 2016, teniendo en cuenta las diferencias en los perfiles de riesgo de las pesquerías individuales. Recordamos que, después de evaluar los perfiles de riesgo de las distintas pesquerías, los Grupos Especiales establecieron que, cuando se comparan con la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, que tiene un "perfil especial de riesgo", todas las demás pesquerías son similares en sus perfiles de riesgo en la medida en que en ninguna de ellas se efectúan lances sobre delfines de una manera constante o sistemática.⁷²²

6.231. En cuanto a la afirmación de México de que "[e]l razonamiento de los Grupos Especiales relativo al margen de error adolecía de los mismos errores identificados *supra* respecto de los riesgos de información inexacta y las prescripciones en materia de certificación", recordamos que hemos examinado estos argumentos en la sección 6.1.5.3 *supra*. Así pues, el análisis que figura en los párrafos 6.187-6.189 *supra* es aplicable igualmente a nuestro examen del razonamiento de los Grupos Especiales en su evaluación de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.

6.232. Además, de manera específica en su evaluación de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, los Grupos Especiales explicaron lo siguiente:

A nuestro juicio, la diferencia en el perfil de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con otras pesquerías indica que hay mayor probabilidad de que un buque en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO produzca atún *dolphin safe* y no *dolphin safe* en cualquier expedición de pesca y de que haya que separar y hacer un seguimiento de los dos grupos de atún. A la inversa, habría una probabilidad menor de que un lance produzca atún no *dolphin safe* en otras pesquerías que habría que separar como consecuencia de esto. A nuestro modo de ver esto justifica la necesidad de un régimen más estricto de seguimiento y verificación en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. ... Consideramos por tanto que es razonable que los Estados Unidos apliquen un mecanismo más sensible de seguimiento y verificación en las pesquerías de alto riesgo. Actuar de esa manera es "proporcionado a" los riesgos para los delfines derivados de la utilización de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁷²³

6.233. Compartimos la tesis de los Grupos Especiales anteriormente citada. La cuestión fundamental planteada a los Grupos Especiales era si las diferencias en la sensibilidad de las condiciones en materia de etiquetado se adaptan debidamente en función de los perfiles de riesgo de las pesquerías. Si la sensibilidad de las condiciones en materia de etiquetado se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, la medida sobre el atún de 2016 aborda estos diferentes niveles de riesgo para los delfines de tal manera que se garantiza la exactitud del etiquetado (es decir, prescripciones menos sensibles en las pesquerías con riesgos más bajos y prescripciones más sensibles en las pesquerías con riesgos más altos).

6.234. Esto nos lleva al argumento de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al omitir por completo la suficiencia de la supervisión reglamentaria, la fiabilidad de las declaraciones, la existencia de pesca INDNR y la existencia de transbordo en el mar como criterios para su evaluación de la adaptación.⁷²⁴ Como explicamos a continuación, el argumento de México no tiene en cuenta las explicaciones de los Grupos Especiales con respecto a estos factores.

6.235. En primer lugar, en lo que concierne a la supervisión gubernamental, los Grupos Especiales señalaron que la nueva prescripción del régimen de la NOAA en materia de mantenimiento de

⁷²² Véase el párrafo 6.177 *supra*.

⁷²³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.672.

⁷²⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 278.

registros de cadenas de custodia para los productos de atún procedentes de otras pesquerías, a la que se hace referencia en el párrafo 6.219 *supra*, aborda la incapacidad anterior del Gobierno estadounidense en el marco del régimen de la NOAA para ir "más allá de los documentos", ya que el NMFS puede comprobar ahora la información sobre el movimiento del atún incluso antes de que llegue a la fábrica de conservas. Según los Grupos Especiales, esta modificación parecía colmar la diferencia existente anteriormente entre el régimen del APICD y el de la NOAA.⁷²⁵ En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México aceptó que las nuevas prescripciones en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia establecidas en la medida sobre el atún de 2016 parecían haber reducido las diferencias entre el régimen del APICD y el de la NOAA. No obstante, México insistió en que las diferencias no se han eliminado.

6.236. Recordamos que el análisis de la adaptación no tiene por objeto comprobar la uniformidad de las prescripciones aplicables a las distintas pesquerías. Antes bien, la sensibilidad de las condiciones en materia de etiquetado previstas en la medida sobre el atún de 2016 se debe adaptar en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Así pues, exigir que la medida sobre el atún de 2016 se adapte en función de los riesgos para los delfines no significa que las diferencias entre los regímenes del APICD y de la NOAA deban eliminarse en el marco de la medida sobre el atún de 2016, dado que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un perfil especial de riesgo que la diferencia de otras pesquerías.

6.237. En segundo lugar, los Grupos Especiales tomaron nota del argumento de México de que varios de los países que son los mayores proveedores de atún y productos de atún, como Filipinas, Tailandia y el Taipei Chino, son muy deficientes en el control y supervisión de las actividades pesqueras y han sido identificados como sumamente vulnerables a la pesca INDNR. México también adujo que el Departamento de Comercio de los Estados Unidos carece de competencia para auditar los buques de pesca extranjeros, los cargueros y las empresas de transformación extranjeras. Sin embargo, como se indica en el párrafo 6.225 *supra*, los Grupos Especiales recordaron que el régimen de la NOAA prevé que los incumplimientos de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación pueden dar lugar a la imposición de sanciones. Así pues, aunque el Departamento de Comercio de los Estados Unidos no tenga competencia para auditar los buques de pesca extranjeros, los cargueros y las empresas de transformación extranjeras o la vulnerabilidad a la pesca INDNR en algunos países, los Grupos Especiales consideraron que los Estados Unidos, mediante la medida sobre el atún de 2016, tienen los medios necesarios para inducir al cumplimiento de las empresas de transformación e importadores estadounidenses.⁷²⁶

6.238. Por lo tanto, a diferencia de los argumentos de México, en su análisis de la adaptación los Grupos Especiales no "omitieron por completo la suficiencia de la supervisión reglamentaria, la fiabilidad de las declaraciones, la existencia de pesca INDNR y la existencia de transbordo en el mar".⁷²⁷ También a este respecto, y como se analiza en el párrafo 6.147 *supra*, no excluimos la posibilidad de que los factores antes mencionados subrayados por México influyan en la exactitud final de la etiqueta *dolphin safe*. Esos riesgos de inexactitud son pertinentes para la evaluación de si la medida se adapta en función de los riesgos para los delfines. No obstante, como indican los Estados Unidos⁷²⁸, correspondía a México aportar pruebas pertinentes en apoyo de su afirmación de que, en las pesquerías en las que persisten factores que afectan a la fiabilidad reglamentaria, existe un riesgo mayor de que las etiquetas de los productos de atún no reflejen con exactitud la condición *dolphin safe* de esos productos. México no ha señalado ninguna prueba obrante en el expediente de los Grupos Especiales que se refiera específicamente al riesgo de etiquetado inexacto en el marco de la medida sobre el atún de 2016 debido a "la suficiencia de la supervisión reglamentaria, la fiabilidad de las declaraciones, la existencia de pesca INDNR y la existencia de transbordo en el mar".⁷²⁹ México tampoco ha identificado ninguna prueba que conste en el expediente de los Grupos Especiales que indique que estos factores socavan la capacidad "del Gobierno estadounidense en el marco del régimen de la NOAA para ir 'más allá de los documentos' a fin de verificar los movimientos del atún antes de la llegada a la fábrica de conservas".⁷³⁰

⁷²⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.661-7.663.

⁷²⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.675.

⁷²⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 278.

⁷²⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 53 y nota 122 a dicho párrafo.

⁷²⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 278.

⁷³⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.660. Véase también *ibid.*, párrafos 7.659-7.663.

6.239. Por lo que respecta a las disposiciones relativas a las determinaciones, México sostiene que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que dichas disposiciones crean una flexibilidad que permite a la medida sobre el atún de 2016 tratar de manera similar situaciones similares. En apoyo de su afirmación, México se basa en los argumentos que esgrimió en relación con el análisis realizado por los Grupos Especiales de la adaptación de las prescripciones en materia de certificación.⁷³¹ Recordamos que hemos examinado estos argumentos en la sección 6.1.5.3 *supra*. Así pues, el análisis que hacemos en los párrafos 6.192 a 6.202 *supra* se aplica igualmente a nuestro examen del razonamiento de los Grupos Especiales en su evaluación de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación. En particular, observamos que México se basa en su argumento relativo a la pertinencia de las pruebas sobre EBP, que hemos rechazado anteriormente. Además, no compartimos la opinión de México de que los Grupos Especiales se basaron en conjuntos de datos incoherentes al evaluar los criterios de admisibilidad, por un lado, y la aplicación de las disposiciones relativas a las determinaciones, por el otro.

6.240. Pasamos ahora a examinar el argumento de México de que los Grupos Especiales aplicaron un análisis defectuoso para concluir que la medida sobre el atún de 2016 había reducido las diferencias entre las prescripciones aplicables a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y las demás pesquerías.⁷³² México se basa en gran medida en las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento para aducir que el enfoque diferente adoptado por los Grupos Especiales en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento es erróneo.⁷³³ Sin embargo, observamos que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento estaba examinando una medida distinta que no incorporaba: i) las nuevas prescripciones en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia que introducen una prescripción jurídica cuyo cumplimiento se puede exigir mediante las sanciones que existen en la medida; ii) el nuevo curso de capacitación para capitanes que está disponible en línea en nueve idiomas; y iii) las disposiciones relativas a las determinaciones modificadas.

6.241. Concretamente, México subraya que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, al examinar la "exactitud" del régimen de la NOAA, constató que los Estados Unidos "no ha[bía]n presentado pruebas que demuestren que las fábricas de conservas realmente garantizan que el atún que reciben corresponde a una declaración determinada de un capitán".⁷³⁴ El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento también consideró que los Estados Unidos no habían "presentado ninguna prueba que explique la manera en que las fábricas de conservas pueden asegurarse de que las certificaciones de los capitanes permanecen con los lotes de atún que identifican durante todo este proceso".⁷³⁵ Además, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento consideró que, en el marco de la medida sobre el atún de 2013, "no parec[ía] haber ninguna prescripción jurídica según la cual las fábricas de conservas tengan que verificar la exactitud de los registros o que en dichos registros efectivamente se describen correctamente los lotes de atún determinados a los que están asignados".⁷³⁶ A diferencia de lo que señala México de que los Grupos Especiales no prestaron atención a las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, los Grupos Especiales encargados de estos procedimientos sobre el cumplimiento tuvieron explícitamente en cuenta estas constataciones identificadas por México⁷³⁷ y explicaron por qué la medida sobre el atún de 2016 abordaba las preocupaciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento. Los Grupos Especiales declararon lo siguiente:

No obstante, señalamos que de conformidad con la medida sobre el atún de 2016, y en particular conforme a las nuevas prescripciones en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia para los productos de atún producidos con atún procedente de "otras pesquerías", *esta situación ha cambiado*. En concreto, las empresas de transformación y los importadores estadounidenses de atún o productos de atún ahora están obligados a recopilar y conservar durante dos años información

⁷³¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 279-280.

⁷³² Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 285 y 299.

⁷³³ Señalamos que las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en las que México trata de basarse no fueron objeto de apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento.

⁷³⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 288 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.361).

⁷³⁵ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 289 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.362).

⁷³⁶ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 290 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.363).

⁷³⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.657.

sobre cada punto de la cadena de custodia del atún o producto de atún y esta información se debe facilitar al NMFS previa petición y debe ser suficiente para que este pueda 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 tanto, estas modificaciones parecen abordar directamente las preocupaciones que tenía el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en relación con la medida sobre el atún de 2013, en especial porque exigen que las empresas de transformación e importadores estadounidenses de atún o productos de atún recopilen y conserven información sobre cada punto de la cadena de custodia del atún o producto de atún.⁷³⁸

6.242. Además, señalamos que México se remite a las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas a la "supervisión gubernamental".⁷³⁹ México señala la declaración del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento según la cual, de conformidad con la medida sobre el atún de 2013, los Estados Unidos tenían que recurrir a las fábricas de conservas para obtener información sobre los movimientos del atún antes de su llegada a la fábrica y no podían ir "más allá de los documentos" para verificar que una certificación *dolphin safe* determinada describe el lote de atún con el que está asociada.⁷⁴⁰ Sin embargo, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento explicó que no había "visto ninguna prueba que indique que las fábricas de conservas y otros importadores hacen realmente eso y, tal como [interpretó] la medida, las fábricas de conservas y otros importadores no están *jurídicamente obligados* a realizar esas comprobaciones".⁷⁴¹

6.243. Observamos que en estos procedimientos sobre el cumplimiento los Grupos Especiales tuvieron expresamente en cuenta las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento a este respecto.⁷⁴² Los Grupos Especiales indicaron que la preocupación principal del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en lo que respecta a la supervisión gubernamental era la incapacidad del Gobierno estadounidense en el marco del régimen de la NOAA para ir "más allá de los documentos" a fin de verificar los movimientos del atún antes de su llegada a la fábrica de conservas.⁷⁴³ Los Grupos Especiales explicaron a continuación de qué manera, a su juicio, las modificaciones introducidas en la medida sobre el atún de 2016 abordaban esas preocupaciones. En concreto, los Grupos Especiales declararon lo siguiente:

Con arreglo a las modificaciones introducidas en el artículo 216.91(a)(5) del Título 50 del CFR, las empresas de transformación e importadores estadounidenses de atún o productos de atún procedentes de esas "otras pesquerías" están obligados ahora a recopilar y conservar durante dos años información sobre cada punto de la cadena de custodia del atún o producto de atún ... Esta información se debe facilitar al NMFS previa petición y debe ser suficiente para que este pueda hacer un rastreo en sentido inverso de todo producto comercializado como *dolphin safe* para verificar que el producto de atún cumple realmente las prescripciones en materia de etiquetado *dolphin safe*. A nuestro juicio, esto aborda la incapacidad anterior del Gobierno estadounidense en el marco del régimen de la NOAA para ir "más allá de los documentos", ya que el NMFS podrá comprobar la información sobre el movimiento del atún incluso antes de que llegue a la fábrica de conservas. De hecho, estas modificaciones obligan a las empresas de transformación e importadores estadounidenses a tener información relativa a las instalaciones de almacenamiento, transbordadores, empresas de transformación y mayoristas/distribuidores de atún y esa información debe ser suficiente para que el NMFS pueda rastrear cualquier atún no *dolphin safe* cargado en el buque de captura hasta una o más bodegas u otros lugares de almacenamiento. Por consiguiente, *el Gobierno estadounidense puede ahora ir más allá de los documentos* y comprobar los movimientos del atún a lo largo de las diversas etapas de la captura y transformación del atún.⁷⁴⁴

⁷³⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.657. (sin cursivas en el original)

⁷³⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 292.

⁷⁴⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 293 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.365).

⁷⁴¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 294 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.368 (sin cursivas en el original)).

⁷⁴² Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.658-7.664.

⁷⁴³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.659.

⁷⁴⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.662. (sin cursivas en el original)

6.244. Así pues, contrariamente a los argumentos de México, consideramos que los Grupos Especiales encargados de estos procedimientos sobre el cumplimiento siguieron la orientación del Órgano de Apelación al tener plenamente en cuenta las "circunstancias concretas" de este caso, entre ellas "la manera en que" se habían evaluado en el primer procedimiento sobre el cumplimiento "circunstancias similares" relativas a la medida sobre el atún de 2013.⁷⁴⁵ Además, sobre la base del análisis que hemos hecho anteriormente del razonamiento de los Grupos Especiales, compartimos su opinión de que las modificaciones incorporadas en la medida sobre el atún de 2016 -con inclusión de: i) las nuevas prescripciones en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia que introducen una prescripción jurídica cuyo cumplimiento puede exigirse mediante las sanciones que existen en la medida; ii) el nuevo curso de capacitación para capitanes disponible en línea en nueve idiomas; y iii) las disposiciones relativas a las determinaciones modificadas- han reducido las diferencias entre los regímenes del APICD y de la NOAA.⁷⁴⁶

6.245. Por último, México considera que la constatación de los Grupos Especiales según la cual las diferencias entre los regímenes del APICD y de la NOAA se han "reducido" en la medida sobre el atún de 2016 es errónea porque los Grupos Especiales no cumplieron el deber que les impone el artículo 11 del ESD al no tener en cuenta las pruebas incluidas en la Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales.⁷⁴⁷ En concreto, México impugna la siguiente constatación de los Grupos Especiales que figura en la sección de sus informes correspondiente al reexamen intermedio:

México solicita que se añada una frase ... para describir mejor su argumento sobre la compleja cadena de suministro del atún haciendo referencia a pruebas presentadas por México relativas a esta cuestión, a saber, un informe reciente de la Fundación Internacional para la Sostenibilidad de los Alimentos Marinos. ... Señalamos que el argumento que México solicita a los Grupos Especiales que reflejen ... se refiere a la cuestión de si las empresas atuneras pueden hacer un seguimiento de una captura concreta hasta el buque concreto que realizó la captura y hasta otros puntos de la cadena de suministro. Sin embargo, los presentes procedimientos se refieren a si la medida sobre el atún de 2016 se adapta a los diferentes niveles de riesgo que representan para los delfines distintos métodos de pesca en distintas partes del océano, entre otros aspectos, en lo que se refiere a sus prescripciones en materia de seguimiento y verificación. Por consiguiente, el argumento que México nos solicita que reflejemos en el párrafo en cuestión no es directamente pertinente para nuestra indagación. Por lo tanto, rechazamos la petición de México.⁷⁴⁸

6.246. El artículo 11 del ESD dispone, en la parte pertinente, que "cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos". Como ha explicado el Órgano de Apelación, de conformidad con el artículo 11, un grupo especial está obligado a "examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones fácticas tengan un fundamento adecuado en esas pruebas".⁷⁴⁹ Dentro de estos parámetros, "por lo general queda a discreción del [g]rupo [e]special decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones"⁷⁵⁰, y el mero hecho de que un grupo especial no se haya referido expresamente a todos y cada uno de

⁷⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.169.

⁷⁴⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.670 y 7.676.

⁷⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 305. Véase también *ibid.*, párrafos 300-304.

⁷⁴⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 6.57.

⁷⁴⁹ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.178; *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 132-133. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 266; *CE - Amianto*, párrafo 161; *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; *CE - Sardinias*, párrafo 299; *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; *Japón - Manzanas*, párrafo 221; *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141-142; *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161-162; *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138; *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 363; *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, párrafo 313; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 258.

⁷⁵⁰ Informes del Órgano de Apelación, *UE - Alcoholes grasos (Indonesia)*, párrafo 5.87; *China - Tierras raras*, párrafo 5.178; y *CE - Hormonas*, párrafo 135.

los elementos de prueba en su razonamiento es insuficiente para establecer que el grupo especial ha aplicado una norma de examen incorrecta.⁷⁵¹

6.247. En cuanto a la alegación que examinamos, señalamos que en apelación México se remite al contenido de la Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales⁷⁵² para aducir que, si los participantes en el mercado que se abastecen de atún procedente del océano Pacífico Central y Occidental y del océano Índico no pueden rastrear el atún en sentido inverso hasta el buque en que fue capturado, las diferencias entre las prescripciones aplicables al atún procedente de grandes buques de cerco en el PTO y al atún procedente de esas otras zonas del océano no se pueden haber "reducido", como constataron los Grupos Especiales.⁷⁵³

6.248. Observamos que la Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales es un documento elaborado por la Fundación Internacional para la Sostenibilidad de los Alimentos Marinos (ISSF) titulado *Regional Fishery Management Organization (RFMO) Catch Documentation Schemes: A Summary* (Sistemas de documentación de las capturas de las organizaciones regionales de ordenación pesquera (OROP): resumen). En este documento se definen los sistemas de documentación de las capturas (SDC) como:

Sistemas globales de rastreabilidad que certifican una unidad de captura legal, que proporcionan un certificado de captura (CC) al propietario legítimo de la pesca (en el punto de captura) y después rastrean el movimiento de esta unidad de captura desde la descarga a través del comercio internacional (exportación y reexportación) hasta el mercado final (el primer punto de venta/importación).⁷⁵⁴

6.249. En el documento se indica explícitamente que "ofrece una visión general de las actividades en curso relativas a la elaboración, aplicación, examen y modificación de los SDC por las OROP y la Consulta técnica de la FAO sobre la elaboración de directrices voluntarias para los SDC".⁷⁵⁵ De hecho, al decidir no basarse en esta prueba documental, los Grupos Especiales explicaron que el argumento de México en relación con la Prueba documental MEX-127 que les había presentado se refería a "la compleja cadena de suministro del atún" y "a la cuestión de si las empresas atuneras pueden hacer un seguimiento de una captura concreta hasta el buque concreto que realizó la captura y hasta otros puntos de la cadena de suministro".⁷⁵⁶ Sin embargo, los Grupos Especiales subrayaron que estos procedimientos sobre el cumplimiento se refieren a si la medida sobre el atún de 2016, incluidas las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, se adapta a los diferentes niveles de riesgo que representan para los delfines distintos métodos de pesca en distintas partes del océano. Por consiguiente, los Grupos Especiales consideraron que la información en que México pretendía basarse incluida en la Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales no era directamente pertinente para su indagación.⁷⁵⁷

6.250. México parece establecer una correlación entre las experiencias de los SDC registradas en la Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales y el posible funcionamiento de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de 2016.⁷⁵⁸ Sin embargo, México no ha dado razones para esa correlación, en especial habida cuenta de que el dato para la certificación con arreglo a un SDC, por "unidad de captura legal", no es aplicable al régimen del APICD ni al de la NOAA.⁷⁵⁹ Por el contrario, como constataron los Grupos Especiales en estos procedimientos sobre el cumplimiento, a diferencia de los SDC, los regímenes del APICD y la NOAA previstos en la medida sobre el atún de 2016 exigen que los registros que acompañan al atún desde la captura hasta su

⁷⁵¹ Informes del Órgano de Apelación, *UE - Alcoholes grasos (Indonesia)*, párrafo 5.87; *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafos 441 y 442; y *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 202.

⁷⁵² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 300 (donde se hace referencia a ISSF, *RFMO Catch Documentation Schemes: A Summary* (Washington, DC, 14 de septiembre de 2016) (Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales), párrafos 1 y 9).

⁷⁵³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 305.

⁷⁵⁴ ISSF, *RFMO Catch Documentation Schemes: A Summary* (Washington, DC, 14 de septiembre de 2016) (Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales), párrafo 1. Véase también la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 335.

⁷⁵⁵ ISSF, *RFMO Catch Documentation Schemes: A Summary* (Washington, DC, 14 de septiembre de 2016) (Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales), párrafo 3.

⁷⁵⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 6.57.

⁷⁵⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 6.57.

⁷⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 305.

⁷⁵⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 335-337.

transformación sean suficientes para permitir la verificación o el "rastreo en sentido inverso" de los productos de atún hasta las bodegas de almacenamiento de un buque concreto en el caso de cada expedición pesquera.⁷⁶⁰ Además, en tanto en cuanto la medida sobre el atún de 2016 aplica el Sistema de Seguimiento y Verificación del APICD con respecto a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, señalamos que la Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales contiene un análisis del APICD. En el documento se dice que el APICD "no hace un seguimiento de todas las capturas de atún de aleta amarilla procedentes de todas las artes de pesca ni de todas las partes que pescan atún de aleta amarilla en el océano Pacífico Oriental y por tanto no es un verdadero SDC".⁷⁶¹ Por tanto, nuestro análisis del contenido de la Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales avala la tesis de estos de que los argumentos de México relativos a los SDC incluidos en esta prueba documental no eran pertinentes para su análisis de la adaptación de la medida sobre el atún de 2016.

6.251. Por estas razones, constatamos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales no hicieran una evaluación objetiva de los hechos como exige el artículo 11 del ESD al omitir la Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales de su análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.

6.1.5.4.4 Conclusión con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación

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

[A]unque sigue habiendo diferencias entre los regímenes de la NOAA y el APICD con respecto al seguimiento y verificación, los Grupos Especiales consideran que esas diferencias se han reducido considerablemente en la medida sobre el atún de 2016 y constatan que las diferencias restantes se adaptan a las diferencias en el perfil de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con otras pesquerías.⁷⁶²

6.1.5.5 La medida sobre el atún de 2016 "en su totalidad"

6.253. México aduce que, como el razonamiento de los Grupos Especiales acerca de la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad se basó íntegramente en sus constataciones y conclusiones con respecto a la adaptación de los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, respectivamente, todas las constataciones erróneas formuladas en esas evaluaciones se transmitieron por la evaluación de la medida en su totalidad realizada por los Grupos Especiales y fueron el fundamento exclusivo de dicha evaluación. En consecuencia, México sostiene que los Grupos Especiales evaluaron

⁷⁶⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.57-7.59 y 7.63-7.66. Véase también la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 336.

⁷⁶¹ ISSF, *RFMO Catch Documentation Schemes: A Summary* (WCPFC-2016-CDSIWG03-OP01 (14 de septiembre de 2016)) (Prueba documental MEX-127 presentada a los Grupos Especiales), párrafo 22.

⁷⁶² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.676.

incorrectamente la adaptación y la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC de la medida sobre el atún de 2016 en su totalidad.⁷⁶³

6.254. Los Estados Unidos sostienen que 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 erróneas. Además, afirman que, contrariamente a los argumentos de México, las conclusiones intermedias de los Grupos Especiales no fueron el fundamento exclusivo de su evaluación global de la medida en su totalidad. Los Estados Unidos indican que los Grupos Especiales también examinaron cómo interactúan las distintas partes de la medida para abordar los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano y explicaron de qué manera los elementos de la medida "actúan conjuntamente" para "lograr los objetivos de la medida sobre el atún de 2016".⁷⁶⁴

6.255. Hemos constatado *supra* que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error en la evaluación que llevó a sus constataciones intermedias sobre la adaptación de los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación. Recordamos que analizar la medida de manera secuencial no hace, en sí mismo, que el análisis sea erróneo, siempre que ello no "d[é] lugar al análisis aislado de un elemento ... específico[]" cuando los elementos de una medida están estrechamente interrelacionados.⁷⁶⁵

6.256. Sobre la base de un análisis del examen realizado por los Grupos Especiales de la medida sobre el atún de 2016, consideramos que los Grupos Especiales tuvieron en cuenta el carácter "acumulativ[o] y ... sumamente interrelacionad[o]" de los distintos aspectos de la medida sobre el atún de 2016. Por ejemplo, los Grupos Especiales señalaron reiteradamente que las disposiciones relativas a las determinaciones actúan conjuntamente con las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación y las refuerzan. Por consiguiente, el examen que hicieron los Grupos Especiales de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación incluía un examen de las disposiciones relativas a las determinaciones.⁷⁶⁶ Como un segundo ejemplo, los Grupos Especiales constataron que las prescripciones en materia de certificación, con inclusión del recientemente introducido curso de capacitación para capitanes, están "incorporada[s] en un marco reglamentario suficientemente exigible", refiriéndose a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.⁷⁶⁷ Además, los Grupos Especiales resumieron sus constataciones sobre los diversos elementos de la medida "teniendo en cuenta los importantes vínculos entre esos elementos".⁷⁶⁸ A este respecto, los Grupos Especiales explicaron lo siguiente:

No obstante, sin las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, además de las disposiciones relativas a las determinaciones, la distinción establecida mediante los criterios de admisibilidad no habría logrado el objetivo de la medida que es proteger a los delfines. A nuestro juicio, el vínculo entre estos cuatro elementos de la medida es tan crucial que sin uno de ellos la medida sobre el atún de 2016, como la conocemos, no podría funcionar. Consideramos que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, así como las disposiciones relativas a las determinaciones, son instrumentos que hacen cumplir los criterios de admisibilidad para lograr el objetivo de proteger a los delfines de métodos de pesca perjudiciales.⁷⁶⁹

6.257. Consideramos por tanto que los análisis que hicieron los Grupos Especiales de cada uno de los elementos de la medida sobre el atún de 2016, así como su examen de la medida en su totalidad, estuvieron debidamente informados por los vínculos entre estos elementos y el hecho de que actúan conjuntamente para regular el acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Además, recordamos que la

⁷⁶³ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 307 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.703-7.717).

⁷⁶⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 353 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.711 y 7.713; y se hace referencia a *ibid.*, párrafos 7.709 y 7.712).

⁷⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.15.

⁷⁶⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.530, 7.609-7.610 y 7.674.

⁷⁶⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.593.

⁷⁶⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.704.

⁷⁶⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.707.

apelación de México a este respecto es consecuencia de su impugnación de la evaluación realizada por los Grupos Especiales de los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación. Habiendo examinado y rechazado los argumentos de México contra la evaluación realizada por los Grupos Especiales de cada uno de estos elementos de la medida sobre el atún de 2016, constatamos que México no ha demostrado que los Grupos Especiales incurrieran en error en su evaluación de la medida sobre el atún de 2016, en su totalidad, o al constatar 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.⁷⁷⁰

6.1.6 Conclusión en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.258. Sobre la base de los análisis y constataciones que efectuamos en las secciones 6.1.1 a 6.1.5 *supra*, confirmamos la conclusión de los Grupos Especiales de que la medida sobre el atún de 2016 da a los productos de atún mexicanos un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países y por lo tanto es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁷⁷¹

6.2 Artículo XX del GATT de 1994

6.259. Al comienzo de su análisis, y señalando el acuerdo de las partes a este respecto, los Grupos Especiales constataron que la medida sobre el atún de 2016 es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994⁷⁷², pero está provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994.⁷⁷³ Por tanto, los Grupos Especiales centraron su análisis en la discrepancia de las partes con respecto a si la medida sobre el atún de 2016 cumple el requisito establecido en la parte introductoria del artículo XX y concluyeron lo siguiente:

[H]abiendo constatado, en nuestro análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que la medida se adapta en función de los diferentes niveles de riesgo que plantean a los delfines distintos métodos de pesca en diferentes zonas del océano, constatamos también que la medida 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 1994.⁷⁷⁴

6.260. México apela contra la conclusión *supra*, aduciendo que los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse en el razonamiento que habían elaborado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y, en consecuencia, no analizaron si la discriminación causada por la medida tiene una relación racional con sus objetivos, como exige el criterio jurídico aplicable de conformidad con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.⁷⁷⁵ Comenzamos recordando las constataciones pertinentes de los Grupos Especiales, antes de analizar las cuestiones planteadas en la apelación de México.

6.2.1 Las constataciones de los Grupos Especiales

6.261. Los Grupos Especiales recordaron que deben demostrarse tres elementos analíticos respecto de la discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX, a saber: i) la aplicación de la medida da lugar a una discriminación; ii) las condiciones que prevalecen entre los países son las mismas; y iii) la discriminación es arbitraria o injustificable.⁷⁷⁶ Por lo que

⁷⁷⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.717.

⁷⁷¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.717, 8.2 y 8.6.

⁷⁷² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.729 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafos 7.404-7.416, 7.434, 7.469-7.481 y 7.494-7.495; y al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 8.1 d) ii)).

⁷⁷³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.730 (donde se hace referencia al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.541; y al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.341).

⁷⁷⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.740.

⁷⁷⁵ Anuncio de apelación de México, párrafo 10; y comunicación del apelante presentada por México, párrafos 308-309.

⁷⁷⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.731.

respecta a la existencia de discriminación, los Grupos Especiales señalaron la constatación formulada por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento de que, al excluir a la mayoría de los productos de atún mexicanos del acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" al tiempo que concedía acceso condicional a esa etiqueta a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países, la medida sobre el atún de 2013, de manera análoga a la medida sobre el atún inicial, modificaba las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense.⁷⁷⁷ Habida cuenta de que la medida sobre el atún de 2016 mantiene la arquitectura y estructura generales de la medida sobre el atún inicial y la medida sobre el atún de 2013, los Grupos Especiales constataron que "la medida sobre el atún de 2016 sigue causando el mismo efecto perjudicial resultante del trato discriminatorio entre los productos de atún que contienen atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los que contienen atún capturado en otras pesquerías".⁷⁷⁸

6.262. En cuanto al segundo elemento, los Grupos Especiales recordaron que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación había constatado que, en esta diferencia, las condiciones que prevalecen entre los países son las mismas a los efectos de la parte introductoria del artículo XX, a saber, "los riesgos de efectos perjudiciales en los delfines resultantes de las prácticas de pesca de atún".⁷⁷⁹ Los Grupos Especiales señalaron que, con respecto a los dos primeros elementos, ninguna de las partes había aducido lo contrario ante ellos.⁷⁸⁰

6.263. Con respecto al tercer elemento, es decir, si la medida se aplica en forma que constituya un medio de "discriminación arbitrario o injustificable", los Grupos Especiales constataron que, sobre la base de la orientación que había dado el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, "siempre y cuando se tengan en cuenta las semejanzas y diferencias entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994, puede ser admisible basarse en el razonamiento elaborado en el contexto de un acuerdo a los efectos de realizar un análisis en el marco del otro".⁷⁸¹ Los Grupos Especiales entonces recordaron que, siguiendo la orientación que había dado el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, habían realizado su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 "sobre la base del concepto de adaptación, y h[abían] constatado que la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".⁷⁸² Sobre esta base, los Grupos Especiales recordaron que habían concluido que el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún de 2016 "se deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas y que, por lo tanto, la medida es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".⁷⁸³

6.264. Los Grupos Especiales consideraron que, en las circunstancias de los presentes procedimientos sobre el cumplimiento y teniendo en cuenta la orientación del Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, era adecuado utilizar las constataciones de hecho y jurídicas que habían formulado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en su evaluación de si la medida sobre el atún de 2016 se aplica en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la parte introductoria del artículo XX.⁷⁸⁴ A este respecto, los Grupos Especiales no consideraron que "pu[diera] decirse que la medida [sobre el atún de 2016], que se adecua y es proporcionada a los riesgos pertinentes, se aplica en forma que constituya un 'medio

⁷⁷⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.732 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.238).

⁷⁷⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.732.

⁷⁷⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.733 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.308).

⁷⁸⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.732-7.733 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de México a los Grupos Especiales, párrafo 204; a la respuesta de México a la pregunta 110 de los Grupos Especiales; a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos a los Grupos Especiales, párrafo 69; y a la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 110 de los Grupos Especiales).

⁷⁸¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.727 y 7.734 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.347).

⁷⁸² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.738. En opinión de los Grupos Especiales, no repitieron los errores cometidos por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento que había constatado el Órgano de Apelación, a saber, el análisis segmentado del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y su suposición errónea de que excluir del acceso a la etiqueta los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines era compatible con dicha disposición. (*Ibid.*, párrafos 7.735 y 7.736).

⁷⁸³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.738.

⁷⁸⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.739.

de discriminación arbitrario o injustificable" en el sentido del artículo XX del GATT de 1994.⁷⁸⁵ Por consiguiente, a la luz de su constatación relativa al párrafo 1 del artículo 2, los Grupos Especiales concluyeron que la medida sobre el atún de 2016 no se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable en el sentido de la parte introductoria y, por lo tanto, está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.⁷⁸⁶

6.2.2 La cuestión de si los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún de 2016 cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994

6.265. México alega en apelación que los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse en el análisis que habían realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 para concluir que la medida sobre el atún de 2016 no es incompatible con los requisitos de la parte introductoria del artículo XX. México afirma que, para examinar si una medida se aplica en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable de conformidad con la parte introductoria, un grupo especial debe examinar "si el efecto perjudicial causado por la medida puede conciliarse o tiene una relación racional con el objetivo de política ... que se constató provisionalmente que justificaba la medida" al amparo de uno de los apartados del artículo XX.⁷⁸⁷ México afirma que los Grupos Especiales no formularon constataciones sustantivas, en el marco del párrafo 1 del artículo 2, respecto de la discriminación arbitraria o injustificada. Por lo tanto, según México, al basarse en el análisis que habían realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 a los efectos de la parte introductoria del artículo XX, los Grupos Especiales no tuvieron debidamente en cuenta las diferencias entre los análisis jurídicos exigidos en dichas disposiciones.⁷⁸⁸

6.266. México recuerda la constatación formulada por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento de que, si se tienen en cuenta las semejanzas y diferencias entre el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo XX, puede ser admisible basarse en el razonamiento elaborado en el contexto de una disposición para el análisis que se realice en el marco de la otra.⁷⁸⁹ México destaca que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial realizó sus análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo XX sobre la base de la misma prueba jurídica, esto es, si la medida en litigio estaba diseñada y se aplicaba en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable.⁷⁹⁰ A juicio de México, dado que los Grupos Especiales no examinaron la relación racional entre las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 y sus objetivos en el marco del párrafo 1 del artículo 2, las constataciones formuladas por los Grupos Especiales en el marco del párrafo 1 del artículo 2 no podían utilizarse para pronunciarse en la evaluación de la discriminación arbitraria e injustificable en el marco del artículo XX.⁷⁹¹

6.267. Los Estados Unidos aducen que los Grupos Especiales no incurrieron en error al basarse en las constataciones que habían formulado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 para realizar su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX. Los Estados Unidos afirman que, como indicó el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el análisis de si las prescripciones previstas en la medida sobre el atún de 2016 se adaptan en función de los riesgos para los delfines que plantea la pesca de atún es "pertinente para un análisis de existencia de

⁷⁸⁵ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.739.

⁷⁸⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.740.

⁷⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 309.

⁷⁸⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 315.

⁷⁸⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 317 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.345-7.347).

⁷⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 318.

⁷⁹¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 319-330 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.320). México también adujo en su comunicación del apelante que la medida sobre el atún de 2016 da lugar a una "discriminación injustificable" porque los Estados Unidos no trataron de hallar una solución multilateral antes de imponer una medida unilateral. México se refirió a este respecto al informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones* y adujo que a los efectos de los presentes procedimientos es importante el hecho de que ya existe un proceso multilateral plenamente operativo y muy eficaz que los Estados Unidos ayudaron a crear en forma de la CIAT y su programa de protección de los delfines, que los Estados Unidos optaron por ignorar. (*Ibid.*, párrafos 333-334). No obstante, durante la audiencia, México indicó que no pretendía que el Órgano de Apelación se pronunciara sobre esta cuestión, sino que simplemente la incluía en su comunicación del apelante como contexto pertinente. (Respuesta de México a preguntas formuladas en la audiencia). Por lo tanto, no abordamos esta alegación.

discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX".⁷⁹² Además, los Estados Unidos recuerdan que el Órgano de Apelación revocó los análisis realizados por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento tanto en el marco del párrafo 1 del artículo 2 como del artículo XX por idénticas razones, a saber, porque el Grupo Especial había llevado a cabo un análisis segmentado y no había evaluado si la medida, en su totalidad, se adaptaba en función de los riesgos que representaban para los delfines los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁷⁹³ Habida cuenta de que los Grupos Especiales realizaron un análisis de la adaptación adecuado en el marco del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Unidos afirman que las diferencias entre la evaluación de los Grupos Especiales y la evaluación del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento solo "confirman que los Grupos Especiales no incurrieron en error al basarse en su análisis y sus conclusiones en el marco del párrafo 1 del artículo 2".⁷⁹⁴

6.268. Los Estados Unidos además afirman que, contrariamente a lo que argumenta México, el análisis realizado por los Grupos Especiales en el marco del párrafo 1 del artículo 2 incluía una evaluación de si las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 tenían una relación racional con los objetivos de la medida. Esto se debe a que los Grupos Especiales explicaron que los objetivos de la medida informan tanto la forma como el contenido del análisis de la adaptación y, por lo tanto, la prueba de la relación racional no existe como una etapa jurídica separada, sino que se evalúa mediante el propio análisis de la adaptación.⁷⁹⁵ Los Estados Unidos añaden que el análisis del Órgano de Apelación en los dos procedimientos anteriores confirma que la evaluación de la adaptación "realizada correctamente ... refleja la relación entre las distinciones de la medida y el objetivo de la medida que hace que esta no sea discriminatoria".⁷⁹⁶

6.269. La discrepancia de los participantes en apelación se centra en si era admisible que los Grupos Especiales, en las circunstancias de estos procedimientos sobre el cumplimiento, se basaran en el análisis de la adaptación que habían realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 para llegar a su conclusión de que la medida sobre el atún de 2016 no se aplica en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la parte introductoria del artículo XX. El texto pertinente de la parte introductoria del artículo XX establece lo siguiente:

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

6.270. Por sus términos, la parte introductoria del artículo XX se refiere a la "forma" en que una medida comprendida en el ámbito de aplicación de uno de los apartados del artículo XX se "apli[ca]".⁷⁹⁷ El Órgano de Apelación ha observado que la forma en que una medida se *aplica* "puede, la mayoría de las veces, discernirse a partir [de su] diseño, ... y ... estructura reveladora".⁷⁹⁸ El Órgano de Apelación ha explicado que existen tres elementos constitutivos al evaluar los requisitos de la parte introductoria: i) la aplicación de la medida debe dar lugar a una discriminación; ii) la discriminación debe darse entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones; y iii) la discriminación debe tener un carácter arbitrario o injustificable.⁷⁹⁹

6.271. El Órgano de Apelación ha constatado que "el análisis de si la discriminación es arbitraria o injustificable 'debe centrarse en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para

⁷⁹² Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 365 (donde se cita del informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.330).

⁷⁹³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 367 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.229 y 7.334-7.335).

⁷⁹⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 367.

⁷⁹⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 368 (donde se hace referencia a los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.115-7.127).

⁷⁹⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 370.

⁷⁹⁷ Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 23 y 24; *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 115; y *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 215.

⁷⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 34.

⁷⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 150.

explicar su existencia".⁸⁰⁰ Dicho análisis "debe hacerse a la luz del objetivo de la medida, y ... la discriminación será arbitraria o injustificable cuando las razones dadas para esa discriminación 'no tienen ninguna conexión racional con el objetivo' o 'irían en contra ... del objetivo'".⁸⁰¹ Así, "[u]no de los factores más importantes' en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX".⁸⁰²

6.272. El Órgano de Apelación ha constatado además que hay importantes paralelismos entre los análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX y el párrafo 1 del artículo 2. En particular, el Órgano de Apelación ha señalado que el concepto de "discriminación arbitrari[a] o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" figura tanto en la parte introductoria del artículo XX como en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC, el cual, según ha constatado el Órgano de Apelación, ofrece un contexto pertinente para la interpretación del párrafo 1 del artículo 2.⁸⁰³ Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación ha advertido de que también hay diferencias entre estas disposiciones, entre otras cosas, en lo que respecta a sus criterios jurídicos⁸⁰⁴, así como a su función principal y ámbito de aplicación. En particular, el Órgano de Apelación ha señalado que, si bien el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 se refiere a la distinción reglamentaria que causa el efecto perjudicial en los productos importados, la discriminación analizada en el marco de la parte introductoria del artículo XX no es necesariamente la misma que la discriminación que se declare incompatible con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994, "como los artículos I y III".⁸⁰⁵

6.273. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación declaró que "siempre y cuando se tengan en cuenta las semejanzas y diferencias entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994, puede ser admisible basarse en el razonamiento elaborado en el contexto de un acuerdo a los efectos de realizar un análisis en el marco del otro".⁸⁰⁶ El Órgano de Apelación señaló que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento había llevado a cabo sus análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo XX "sobre la base de una prueba jurídica elaborada en el contexto de evaluar la discriminación arbitraria o injustificada, a saber, si la discriminación puede conciliarse o tiene una relación racional con el objetivo de política con respecto al cual la medida ha sido justificada provisionalmente".⁸⁰⁷ En esas circunstancias, el Órgano de Apelación consideró que era adecuado que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, "en principio, ... hiciera referencia [al razonamiento que había elaborado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2] y se basara en él" al realizar su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX.⁸⁰⁸

6.274. El Órgano de Apelación subrayó que, en las circunstancias de la presente diferencia, una "eval[uación] [de] si las prescripciones que impone la medida sobre el atún modificada se adaptan

⁸⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 226.

⁸⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.316 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 227).

⁸⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.316 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306). El Órgano de Apelación también ha explicado que esta no es la única prueba, y que puede haber factores adicionales que también sean pertinentes para esa evaluación global, en función de la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso de que se trate. (*Ibid.* (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.321)).

⁸⁰³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 173; *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 213; y *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310.

⁸⁰⁴ Concretamente, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige a los grupos especiales que examinen si el efecto perjudicial en los productos importados causado por una medida se deriva de una distinción reglamentaria legítima. En cambio, en virtud de la parte introductoria del artículo XX, lo que hay que determinar es si una medida se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones. (Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.311).

⁸⁰⁵ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.312.

⁸⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.347.

⁸⁰⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.347.

⁸⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.320.

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" era "*pertinente* para un análisis de existencia de discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX".⁸⁰⁹ Esto se debía a que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento tenía que examinar la alegación formulada por los Estados Unidos de que "cualquier diferencia prevista en las prescripciones reglamentarias de la medida sobre el atún [de 2013] se justifica por referencia al objetivo de la protección de los delfines ya que dichas diferencias reflejan las diferencias de los riesgos" para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁸¹⁰ No obstante, el Órgano de Apelación recordó su crítica a las constataciones formuladas por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento relativas al párrafo 1 del artículo 2, referida, entre otras cosas, a que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no había realizado un análisis de la adaptación adecuado y a que "la decisión del [primer] Grupo Especial [sobre el cumplimiento] de adoptar un enfoque analítico segmentado le impidió aplicar adecuadamente el criterio jurídico que había articulado"⁸¹¹, a saber, "si el trato perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con la política que se trata de aplicar mediante la medida en litigio".⁸¹² A juicio del Órgano de Apelación, "esas críticas se refieren a aspectos del razonamiento y las constataciones del [primer] Grupo Especial [sobre el cumplimiento] en los cuales también se basó en el contexto de su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX" del GATT de 1994.⁸¹³ A la luz de estos errores⁸¹⁴, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en el marco de la parte introductoria del artículo XX.⁸¹⁵

6.275. Las constataciones anteriores indican que, en las circunstancias de esta diferencia, era adecuado que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento se "basa[ra] en un proceso analítico similar en el marco" tanto del párrafo 1 del artículo 2 como de la parte introductoria del artículo XX.⁸¹⁶ Este proceso debería haber entrañado la determinación de la existencia de una discriminación arbitraria o injustificable mediante un examen de si dicha discriminación puede conciliarse o tiene una relación racional con el objetivo de política de la medida.⁸¹⁷ Además, para este proceso analítico, era pertinente examinar si las distinciones reglamentarias previstas en la medida en litigio se adaptaban en función de los diferentes riesgos para los delfines derivados del

⁸⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.330. (sin cursivas en el original)

⁸¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.330.

⁸¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.332.

⁸¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.229 (donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.91).

⁸¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.332.

⁸¹⁴ Además de los errores mencionados *supra*, el Órgano de Apelación también consideró que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no había analizado debidamente si la discriminación existente es entre los países en que prevalecen las mismas condiciones. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.333) Como se ha indicado más arriba, la cuestión no es objeto de litigio en los presentes procedimientos. (Véanse los párrafos 6.261-6.262 *supra*).

⁸¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.333-7.335. Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación recordó que, al completar el análisis en el contexto de sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, había examinado otras características de la medida sobre el atún que no dependían del análisis de la adaptación realizado por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento. A este respecto, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que las disposiciones relativas a las determinaciones presentaban una "laguna" por cuanto se puede tratar a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO de manera diferente y menos rigurosa, incluso cuando las condiciones que existen en esas pesquerías son iguales a las existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.354-7.359). Por consiguiente, el Órgano de Apelación constató que, con respecto a las disposiciones relativas a las determinaciones, los Estados Unidos no habían demostrado que la medida sobre el atún de 2013 se aplicase en forma que no constituía una discriminación arbitraria o injustificable. En consecuencia el Órgano de Apelación constató que la medida sobre el atún de 2013 no estaba justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994. (*Ibid.*, párrafo 7.359).

⁸¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.320.

⁸¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.320 y 7.347.

uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁸¹⁸ No obstante, habida cuenta de que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento no llevó a cabo un análisis de la adaptación adecuado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y adoptó un enfoque segmentado al analizar las prescripciones previstas en la medida, el Grupo Especial tampoco examinó debidamente la relación racional entre los objetivos de la medida y las distinciones reglamentarias causantes de la discriminación. Como consecuencia, las constataciones del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento en el marco del párrafo 1 del artículo 2 no habían determinado de hecho la existencia de una discriminación arbitraria o injustificable. Así, al basarse en el mismo razonamiento y análisis elaborados en el marco del párrafo 1 del artículo 2, los errores cometidos en estos por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento también menoscabaron su constatación relativa a la discriminación arbitraria e injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX.

6.276. Por lo que respecta a la apelación de México en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento, recordamos que su alegación al amparo de la parte introductoria del artículo XX se basa en su opinión de que en el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no se incluyó el examen de la relación racional entre las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 y sus objetivos.⁸¹⁹ Según México, dado que se debe realizar una evaluación de dicha relación para examinar una discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX, los Grupos Especiales incurrieron en error al basarse en las constataciones que habían formulado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 para su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX.⁸²⁰

6.277. Recordamos que, en esta diferencia, la "discriminación ... entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" a los efectos de la parte introductoria del artículo XX deriva del hecho de que "la medida sobre el atún de 2016 sigue causando el mismo efecto perjudicial resultante del trato discriminatorio entre los productos de atún que contienen atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los que contienen atún capturado en otras pesquerías".⁸²¹ Así pues, si bien es posible que la discriminación analizada en el marco de la parte introductoria del artículo XX no sea la misma que la discriminación que se declare incompatible con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994, en la presente diferencia, la discriminación pertinente a los fines del análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX es la misma que el efecto perjudicial causado por las distinciones reglamentarias pertinentes examinado por los Grupos Especiales en el contexto del párrafo 1 del artículo 2. Además, recordamos que dos elementos de la prueba jurídica prevista en la parte introductoria -a saber, la existencia de discriminación entre países y si prevalecen las mismas condiciones en esos países- no son objeto de discusión entre las partes.⁸²² Esto significa que la cuestión que se nos plantea se refiere, exclusivamente, a si la medida sobre el atún de 2016 se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable.

6.278. A este respecto, recordamos que "[u]no de los factores más importantes' en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX".⁸²³ Como se ha expuesto en la sección 6.1.3.1 *supra*, las consideraciones relativas a la relación racional entre las distinciones reglamentarias causantes de tal efecto perjudicial y los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 no constituyen una indagación separada, sino que están comprendidas en un análisis de la adaptación adecuado en el marco del párrafo 1 del artículo 2. Esto se debe a que, cuando el análisis de la adaptación se realiza debidamente también determinará si la etiqueta concedida de conformidad con la medida en litigio transmite la información sobre la naturaleza *dolphin safe* de los productos de atún a los consumidores. Por consiguiente, como se ha explicado, consideramos que la evaluación adecuada de si la medida se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano tendría en cuenta los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 relativos a la protección de los delfines y la información al

⁸¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.330.

⁸¹⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 319.

⁸²⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 315.

⁸²¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.732.

⁸²² Véanse los párrafos 6.261-6.262 *supra*.

⁸²³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.316 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.306).

consumidor.⁸²⁴ Dicha evaluación también ayudaría a determinar el vínculo entre dichos objetivos y las distinciones reglamentarias establecidas en la medida.

6.279. Además, en las secciones 6.1.4 y 6.1.5 *supra*, hemos constatado que los Grupos Especiales realizaron un análisis de la adaptación adecuado de la medida sobre el atún de 2016 al evaluar si las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 se adaptan en función de los riesgos diferentes para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Consideramos que el análisis secuencial realizado por los Grupos Especiales de cada uno de los elementos de la medida sobre el atún de 2016, así como su examen de la medida en su totalidad, estuvieron debidamente informados por los vínculos entre estos elementos y el hecho de que actúan conjuntamente para regular el acceso a la etiqueta *dolphin safe*.⁸²⁵ Por consiguiente, estamos de acuerdo con los Grupos Especiales en que han sido "conscientes" de la orientación ofrecida por el Órgano de Apelación en el procedimiento sobre el cumplimiento anterior, y en que realizaron su análisis de la adaptación en consecuencia.⁸²⁶ En nuestra opinión, a diferencia de la evaluación que hizo el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento de la medida sobre el atún de 2013, el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales en el marco del párrafo 1 del artículo 2 incluyó el examen de la relación racional entre las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún de 2016 y sus objetivos. Por consiguiente, el análisis realizado por los Grupos Especiales en el marco del párrafo 1 del artículo 2 también demuestra que la medida sobre el atún de 2016 no está diseñada ni se aplica en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la parte introductoria del artículo XX.

6.280. En suma, el análisis de la adaptación es el instrumento en las circunstancias de la presente diferencia para evaluar si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el párrafo 1 del artículo 2. De ello se desprende que, si la medida sobre el atún de 2016 se adapta *debidamente* y, por lo tanto, no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2, tampoco se constatará que se aplica en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable. Además, dados los "importantes paralelismos" que existen entre los análisis realizados en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y la parte introductoria del artículo XX expuestos *supra*, la medida sobre el atún de 2016, que no se aplica en forma que equivalga a una discriminación arbitraria o injustificada en el marco de la primera disposición, se constatará que tampoco equivale a dicha discriminación en el marco de la segunda disposición. En consecuencia, en las circunstancias de la presente diferencia, un análisis de la adaptación adecuado es un instrumento que también sirve para determinar si la medida se aplica en forma que no constituya una discriminación arbitraria o injustificable a los efectos de la parte introductoria del artículo XX.

6.281. A la luz de las consideraciones anteriores, coincidimos con la opinión de los Grupos Especiales de que, el hecho de que "la medida sobre el atún de 2016 'se adecu[e] a' y [sea] 'proporcionada a' los diferentes riesgos para los delfines causados por métodos de pesca diferentes en distintas partes del océano" demuestra también que "[n]o pued[e] decirse que [la discriminación de] la medida ... se aplica en forma que constituya un 'medio de discriminación arbitrario o injustificable' en el sentido del artículo XX".⁸²⁷ Por consiguiente, discrepamos de México en que los Grupos Especiales "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 [de 2016] está diseñada o se aplica en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable".⁸²⁸

6.282. Adicionalmente, México afirma que hay un "aparente conflicto" en el razonamiento de los Grupos Especiales.⁸²⁹ Ello se debe a que, por una parte, la medida sobre el atún de 2016 esté provisionalmente justificada por ser relativa a "la conservación de los recursos naturales agotables" al amparo del apartado g) del artículo XX.⁸³⁰ Por otra parte, según México, los Grupos Especiales "se negaron a examinar", en el análisis de la adaptación que realizaron en el marco del párrafo 1 del artículo 2, "datos y pruebas sobre EBP que demuestran que determinados métodos de pesca en determinadas zonas de los océanos están causando efectos perjudiciales que amenazan con hacer

⁸²⁴ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.125.

⁸²⁵ Véanse los párrafos 6.256-6.257 *supra*.

⁸²⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.736-7.737.

⁸²⁷ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.739.

⁸²⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 315.

⁸²⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 316.

⁸³⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 316.

desaparecer las poblaciones de delfines".⁸³¹ México aduce que el análisis de la adaptación realizado por los Grupos Especiales se centra en los riesgos para los ejemplares de delfines y "pas[a] por alto la mortalidad que efectivamente pone en peligro la población de delfines en [tres] pesquerías [de palangre]".⁸³² Así, a juicio de México, al basarse en su análisis de la adaptación erróneo a los efectos de la parte introductoria del artículo XX, los Grupos Especiales no examinaron debidamente si la discriminación resultante de la medida sobre el atún de 2016 puede conciliarse o tiene una relación racional con el objetivo de política de conservar los recursos naturales agotables, con respecto al cual la medida ha sido justificada provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX.⁸³³ A juicio de México, este conflicto en el razonamiento de los Grupos Especiales pone de manifiesto que su negativa a examinar "datos y pruebas sobre EBP que demuestran que determinados métodos de pesca en determinadas zonas de los océanos están causando efectos perjudiciales que amenazan con hacer desaparecer las poblaciones de delfines no es objetiva y es incorrecta desde el punto de vista jurídico".⁸³⁴

6.283. Recordamos que, en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación rechazó el argumento de México de que el Grupo Especial había incurrido en error al articular el criterio jurídico previsto en el artículo XX como consistente en centrarse en si hay una relación racional con los objetivos de la medida sobre el atún de 2013, y no en el objetivo recogido en el apartado g) del artículo XX.⁸³⁵ El Órgano de Apelación consideró que esa distinción es "un tanto artificial" dado que, "en virtud de un examen de si cabe justificar provisionalmente una medida al amparo de uno de los apartados, ya se habrá sometido a prueba el objetivo de la medida frente a uno de los objetivos previstos en el artículo XX, y se habrá constatado que está en consonancia con ese objetivo".⁸³⁶ El Órgano de Apelación no entendía de qué manera, en las circunstancias de esta diferencia, en que el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento había constatado que el objetivo de proteger a los delfines guarda relación con la conservación de los recursos naturales agotables, "basarse en el objetivo del apartado g) del artículo XX, y no en el de la medida, arrojaría un resultado analítico diferente".⁸³⁷

6.284. Consideramos que el argumento de México en los presentes procedimientos sobre el cumplimiento introduce una distinción artificial similar entre el objetivo de la medida sobre el atún de 2016 de proteger ejemplares de delfines y el objetivo de "conservación de los recursos naturales agotables" en el sentido del apartado g) del artículo XX. En la sección 6.1.4.4 *supra*, hemos examinado el argumento de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al no basarse en pruebas sobre EBP para evaluar los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Hemos coincidido con la evaluación de los Grupos Especiales de que el método EBP prioriza la sostenibilidad de la población de un modo que habría impedido a los Grupos Especiales evaluar adecuadamente la cuestión de si la medida se adapta en función de los distintos riesgos de que se dé muerte o se hiera gravemente a un delfín en el proceso de pesca.⁸³⁸ Dicho esto, el hecho de que los Grupos Especiales trataran de examinar si la medida se adapta en función de los riesgos para los ejemplares de delfines no significa que su análisis de la adaptación no tuviera en cuenta la conexión racional entre las distinciones reglamentarias que causan la discriminación y el objetivo de conservar los recursos naturales agotables.

6.285. Recordamos también que los Grupos Especiales señalaron las constataciones formuladas por el Grupo Especial inicial y el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento de que la medida sobre el

⁸³¹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 316.

⁸³² Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 215. (no se reproducen las cursivas) Recordamos que las pruebas sobre EBP calculan el "número máximo posible de animales ... que pueden eliminarse de una población de animales sin afectar a la población o a su sostenibilidad". (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.184). Estas tres pesquerías son la pesquería de palangre de poblaciones insulares de la isla principal de Hawái, la pesquería de palangre del Atlántico Noroeste y la pesquería de palangre pelágico de Hawái. (Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 215. Véanse también los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.473).

⁸³³ Respuestas de México a preguntas formuladas en la audiencia.

⁸³⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 316.

⁸³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.318.

⁸³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.318.

⁸³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.318.

⁸³⁸ Véanse los párrafos 6.130-6.131 *supra*.

atún se "ocupa[]" más del 'bienestar de los ejemplares de delfines'"⁸³⁹ y que el objetivo de proteger a los delfines de esta no "deb[e] interpretarse exclusivamente, o incluso principalmente, desde el punto de vista de la recuperación de las poblaciones de delfines".⁸⁴⁰ Los Grupos Especiales señalaron además que abordar los efectos perjudiciales para los ejemplares de delfines "también podría considerarse como tratar de conservar las poblaciones de delfines" y que, en consecuencia, los objetivos de la medida "también incorporan" consideraciones relativas a la conservación.⁸⁴¹ Los Grupos Especiales subrayaron que "la mortalidad o las heridas graves sufridas por ejemplares de delfines también pueden tener consecuencias en el nivel de la población".⁸⁴² Además, recordamos que, como constató el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, "la preservación de las vidas de ejemplares de delfines es tanto un acto de conservación como un programa encaminado a alentar la recuperación de una población determinada", y que "hay una vinculación esencial e indisoluble entre la protección de los delfines a escala individual y la 'recuperación de [una] especie amenazada', porque solo mediante la protección de los ejemplares de delfines se puede proteger, recuperar y mantener a una población".⁸⁴³

6.286. Por lo tanto, discrepamos de la afirmación de México de que, como es posible que el atún capturado en tres pesquerías con niveles de EBP bajos sea acreedor a recibir etiquetas "*dolphin safe*" en el marco de la medida sobre el atún de 2016, la medida "no se ocupa" de los riesgos relacionados con los métodos de pesca que amenazan la sostenibilidad de las poblaciones de delfines.⁸⁴⁴ Como se ha indicado *supra*, las constataciones formuladas por el Grupo Especial inicial y el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, así como por los presentes Grupos Especiales, indican que, si bien es posible que la medida sobre el atún de 2016, ante todo y sobre todo, se "ocupe" de proteger ejemplares de delfines, la medida también protege poblaciones de delfines asegurando que los productores de atún que tratan de tener acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" queden disuadidos de capturar atún de manera que cause daño a los delfines.⁸⁴⁵ Por consiguiente, el hecho de que la medida sobre el atún de 2016 no excluya el atún capturado en las tres pesquerías de que se trata del acceso a la etiqueta *dolphin safe* no significa que no se ocupe de la conservación de las poblaciones de delfines. Antes bien, al tratar de asegurar que los ejemplares de delfines no resulten dañados en el proceso de pesca, la medida sobre el atún de 2016 también guarda relación con la conservación de esas poblaciones.

6.287. En cualquier caso, al reconocer que la medida sobre el atún de 2016 está justificada provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, México aceptó que la medida y sus objetivos, incluida la protección de ejemplares de delfines, están "diseñados" para atender la "conservación de los recursos naturales agotables" y tienen una "relación con" dicha conservación.⁸⁴⁶ Por consiguiente, dado que las distinciones reglamentarias que causan la

⁸³⁹ Informes de los Grupos Especiales, nota 331 al párrafo 7.187 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.596; y donde se cita el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.527).

⁸⁴⁰ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.187 (donde se cita el informe del Grupo Especial inicial, párrafos 7.550 y 7.735).

⁸⁴¹ Informes de los Grupos Especiales, nota 331 al párrafo 7.187 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial inicial, párrafo 7.596; y al informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.527).

⁸⁴² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.186.

⁸⁴³ Informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, párrafo 7.527. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento también indicó que "el hecho de que la medida sobre el atún [de 2013] se ocupe más de los efectos de la pesca de atún en el bienestar de los ejemplares de delfines que del estado de una población de delfines determinada considerada globalmente o estadísticamente no niega, por sí mismo, la existencia del vínculo entre la medida y el objetivo de conservación de recursos naturales agotables". (*Ibid.*). México no apeló estas constataciones en el primer procedimiento sobre el cumplimiento.

⁸⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 316.

⁸⁴⁵ Véanse los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.186.

⁸⁴⁶ El Órgano de Apelación ha constatado que la justificación provisional de una medida al amparo de una de las excepciones exige, en primer lugar, que la medida esté *diseñada* para "at[ender] los intereses particulares especificados en ese apartado" y, en segundo lugar, que "exista un vínculo suficiente entre la medida y el interés protegido". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 292. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169 y nota 1178 a dicho párrafo). El vínculo preciso se especifica en el texto de los propios párrafos mediante el uso de expresiones como "necesarias para", "esenciales para" o -como en el caso del apartado g) del artículo XX, que es pertinente para la presente diferencia- "relativas a". (Informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Textiles*, párrafo 5.67 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 292)). Asimismo, observamos que los Estados Unidos coinciden con México en que la medida sobre el atún de 2016 está justificada provisionalmente al amparo del apartado g) del

discriminación en el marco de la medida sobre el atún de 2016 tienen una relación racional con la protección de ejemplares de delfines, no consideramos que esta discriminación "no t[enga] una conexión racional" o "iría[] ... en contra" del objetivo de "conservación de los recursos naturales agotables".⁸⁴⁷ Como constató el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, una vez que se constata que la medida en litigio en esta diferencia está provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX, tanto si el requisito de relación racional impuesto por la parte introductoria del artículo XX se analiza desde el prisma de los objetivos que persigue la medida, como si se analiza desde el prisma de los objetivos de política que figuran en el apartado g) del artículo XX, el análisis no debe arrojar un resultado diferente.⁸⁴⁸ A la luz de esta constatación, y las consideraciones expuestas *supra*, discrepamos de la afirmación de México de que, dado que los Grupos Especiales rechazaron las pruebas sobre EBP, su análisis de la adaptación no puede respaldar una constatación de que las distinciones reglamentarias que causan la discriminación en el marco de la medida sobre el atún de 2016 tienen una relación racional con la conservación de los recursos naturales agotables.

6.2.3 Conclusión

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

6.289. También hemos indicado en la sección 6.1.5 *supra* que los Grupos Especiales no incurrieron en error al constatar que la medida sobre el atún de 2016 se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados del uso de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Por consiguiente, dado que el examen de la relación racional entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida sobre el atún de 2016 fue incluido en este análisis, constatamos que los Grupos Especiales no incurrieron en error al basarse en el razonamiento elaborado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC al evaluar la conformidad de la medida sobre el atún de 2016 con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Asimismo, rechazamos la afirmación de México de que, debido a que los Grupos Especiales se basaron en pruebas por lance, y no en pruebas sobre EBP, al evaluar los riesgos para los delfines, su análisis de la adaptación no puede servir de base para evaluar si la medida sobre el atún de 2016 tiene una relación racional con la conservación de los recursos naturales agotables.

6.290. Por las razones anteriormente expuestas, confirmamos la constatación de los Grupos Especiales de que la medida sobre el atún de 2016 no se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable y por lo tanto está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.⁸⁴⁹

artículo XX. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.730). La cuestión de la justificación provisional de la medida sobre el atún de 2016 no ha sido objeto de apelación ante nosotros.

⁸⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.316 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 227).

⁸⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.318.

⁸⁴⁹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.740.

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

6.291. México apela "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".⁸⁵⁰ En respuesta, los Estados Unidos afirman que la apelación de México no está debidamente planteada porque el anuncio de apelación de México presenta deficiencias a la luz del párrafo 6 del artículo 17 del ESD y el párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación (Procedimientos de trabajo).⁸⁵¹

6.3.1 Antecedentes de procedimiento

6.292. En las reuniones de organización de los Grupos Especiales en los presentes procedimientos, celebradas el 10 de junio de 2016 y el 14 de julio de 2016, respectivamente, los Estados Unidos propusieron un cambio en los procedimientos de trabajo de los Grupos Especiales para permitir que la reunión sustantiva de los Grupos Especiales fuera observada por el público. Subsidiariamente, si México no se avenía a ello, los Estados Unidos solicitaron a los Grupos Especiales que permitieran a una parte solicitar una reunión parcialmente abierta, en la que las declaraciones formuladas por dicha parte durante la reunión del Grupo Especial con las partes podrían ser observadas por el público, de forma simultánea o mediante una retransmisión diferida. Las declaraciones de la parte que quisiera mantener la confidencialidad de dichas declaraciones no podrían ser observadas.⁸⁵² México se opuso a la solicitud de los Estados Unidos de que los Grupos Especiales celebraran una reunión abierta, por completo o parcialmente. México adujo que los Grupos Especiales solo podían abrir sus reuniones sustantivas con las partes al visionado público con el consentimiento de ambas partes.⁸⁵³

6.293. El 4 de julio de 2016, el Grupo Especial encargado del procedimiento iniciado por los Estados Unidos recabó las opiniones de los terceros sobre esta cuestión de procedimiento. Nueve de los terceros expresaron sus opiniones. Seis terceros⁸⁵⁴ se opusieron a la solicitud de los Estados Unidos, mientras que tres⁸⁵⁵ no se opusieron.⁸⁵⁶

6.294. El 29 de julio de 2016, los Grupos Especiales informaron a las partes que se consideraban facultados para autorizar a los Estados Unidos a levantar la confidencialidad de sus declaraciones en la reunión sustantiva con las partes.⁸⁵⁷ A continuación, en respuesta a una solicitud formal de los Estados Unidos, y tras consultar con las partes, los Grupos Especiales adoptaron su Procedimiento de trabajo adicional el 22 de diciembre de 2016.⁸⁵⁸

6.295. Entendemos que la impugnación por parte de México, en su anuncio de apelación, de la celebración por los Grupos Especiales de una "reunión parcialmente abierta de las partes" se refiere a la aplicación del Procedimiento de trabajo adicional de los Grupos Especiales.⁸⁵⁹ De conformidad con ese procedimiento, los Grupos Especiales aceptaron la solicitud de los Estados Unidos de divulgar mediante visionado público sus propias posiciones sostenidas en la reunión sustantiva de los Grupos Especiales con las partes. Los Grupos Especiales permitieron asimismo a los terceros que lo hubiesen

⁸⁵⁰ Anuncio de apelación de México, párrafo 11. Véase también la comunicación del apelante presentada por México, párrafo 353 g). Si bien anteriores grupos especiales y el Órgano de Apelación han celebrado reuniones y audiencias abiertas a la observación por el público, esta fue la primera vez que un órgano resolutorio de la OMC autorizó una reunión de este tipo sin el consentimiento expreso de ambas partes en la diferencia. (Véanse, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Incentivos fiscales*, párrafo 1.20; y el informe del Órgano de Apelación, *CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), párrafo 1.30).

⁸⁵¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 381-384.

⁸⁵² Informes de los Grupos Especiales, párrafos 1.14 y 1.16.

⁸⁵³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 1.18.

⁸⁵⁴ Los seis terceros fueron el Brasil, China, Corea, el Ecuador, Guatemala y la India. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.14).

⁸⁵⁵ Los tres terceros fueron Australia, el Japón y Noruega. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.15)

⁸⁵⁶ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 1.15.

⁸⁵⁷ Los Grupos Especiales informaron a las partes de su decisión mediante una comunicación conjunta con el Árbitro que actuaba con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD en la misma diferencia. (Informes de los Grupos Especiales, párrafo 1.17)

⁸⁵⁸ Informes de los Grupos Especiales, párrafos 1.18-1.19. Los Grupos Especiales explicaron las razones por las que adoptaron este procedimiento en la sección 7.7.2 de sus informes.

⁸⁵⁹ Informes de los Grupos Especiales, anexo A-4.

solicitado divulgar mediante visionado público sus propias posiciones sostenidas en la sesión de los Grupos Especiales destinada a los terceros.⁸⁶⁰ Los Grupos Especiales dieron estas autorizaciones con la condición de que el visionado público consistiera en un visionado en diferido (y no simultáneo). Asimismo, los Grupos Especiales exigieron que en las partes de la reunión abiertas a la observación parcial por el público, incluida la sesión destinada a los terceros, no se divulgasen las posiciones de México o las de los terceros no divulgadores. A este fin, las partes de la reunión que finalmente fueron abiertas a la observación parcial por el público fueron objeto de expurgación antes de su visionado público.⁸⁶¹

6.296. Al explicar las razones por las que adoptaron este Procedimiento de trabajo adicional, los Grupos Especiales declararon lo siguiente:

... [E]s admisible que un órgano resolutorio de la OMC autorice una solicitud de celebración de una reunión parcialmente abierta, si la celebración de dicha reunión no menoscaba ni entorpece a) el derecho de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador a la protección del carácter confidencial de su propia posición, b) las debidas garantías de procedimiento, c) la pronta solución de las diferencias, ni d) el ejercicio cuidadoso y eficiente, o la integridad, de la función resolutoria.⁸⁶²

6.297. Según los Grupos Especiales, su Procedimiento de trabajo adicional "proteg[ía] plenamente el derecho de México y de los terceros no divulgadores a la protección de la confidencialidad, satisfac[ía] las exigencias de las debidas garantías de procedimiento y e[ra] suficientemente viable y eficiente para salvaguardar la prontitud de la solución de la diferencia, así como el debido ejercicio y la integridad de [la] función resolutoria [de los Grupos Especiales]".⁸⁶³

6.3.2 Suficiencia del anuncio de apelación de México

6.298. En el anuncio de apelación de México se identifica la supuesta alegación de un error cometido por los Grupos Especiales del modo siguiente:

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.⁸⁶⁴

6.299. Los Estados Unidos impugnan la suficiencia del anuncio de apelación de México, aduciendo que no cumple los requisitos del párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo.⁸⁶⁵ Los Estados Unidos afirman que en el anuncio de apelación de México no se enumera ninguna disposición jurídica de ningún acuerdo abarcado respecto de la cual se alegue que los Grupos Especiales han incurrido en error al interpretarla o aplicarla. Los Estados Unidos añaden que en el anuncio de apelación de México no se indica ningún párrafo de los informes de los Grupos Especiales que contenga los supuestos errores.⁸⁶⁶ Los Estados Unidos también afirman que, "[m]ás fundamentalmente", en el anuncio de apelación de México no se identifica un supuesto error en las cuestiones de derecho tratadas en los informes de los Grupos Especiales o la interpretación jurídica formulada por estos.⁸⁶⁷ Según los Estados Unidos, esto significa que México "no ha justificado que su apelación esté comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 6 del artículo 17 del ESD".⁸⁶⁸ En la audiencia, los Estados Unidos añadieron que un apelante no puede subsanar un defecto del anuncio de apelación incluyendo elementos adicionales en su comunicación del apelante.

6.300. En respuesta, en la audiencia, México reconoció que el anuncio de apelación sirve para anunciar en forma adecuada al apelado el carácter de la apelación y las alegaciones de error, lo que

⁸⁶⁰ Siete terceros solicitaron y obtuvieron permiso para divulgar sus propias posiciones durante la sesión de los Grupos Especiales destinada a los terceros (Australia, el Canadá, Corea, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia y la Unión Europea). Informes de los Grupos Especiales, nota 54 al párrafo 7.34.

⁸⁶¹ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.34.

⁸⁶² Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.31.

⁸⁶³ Informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.32.

⁸⁶⁴ Anuncio de apelación de México, párrafo 11.

⁸⁶⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 381-384.

⁸⁶⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 385.

⁸⁶⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 387.

⁸⁶⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 389.

a su vez permite que el apelado ejerza plenamente su derecho de defensa. Al mismo tiempo, México subrayó que el Órgano de Apelación ha declarado que un apelado comprenderá mejor el carácter de la apelación y las alegaciones de error si se presenta el mismo día una comunicación escrita detallada. Habida cuenta de que el anuncio de apelación y la comunicación del apelante de México se presentaron el mismo día, México adujo que las referencias a las constataciones y la interpretación jurídica pertinentes de los Grupos Especiales podían inferirse claramente a partir de un examen de ambos documentos. En cualquier caso, México sostuvo que las omisiones percibidas en su anuncio de apelación no habían impedido a los Estados Unidos comprender el carácter de la apelación de México respecto de este asunto ni habían menoscabado la capacidad de los Estados Unidos para ejercitar su derecho de defensa.

6.301. El párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo⁸⁶⁹ establece lo siguiente:

2) El anuncio de apelación incluirá la siguiente información:

...

d) un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de:

- i) la identificación de los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este;
- ii) una lista de las disposiciones jurídicas de los acuerdos abarcados respecto de las cuales se alega que el grupo especial ha incurrido en error al interpretarlas o aplicarlas; y
- iii) sin perjuicio de la facultad del apelante para referirse a otros párrafos del informe del grupo especial en el contexto de su apelación, una lista indicativa de los párrafos del informe del grupo especial que contienen los supuestos errores.

6.302. El Órgano de Apelación se ha referido a los anuncios de apelación y de otra apelación como "documentos que definen el ámbito de la apelación".⁸⁷⁰ Al impugnar la suficiencia del anuncio de apelación de México, aparte de señalar determinados defectos de forma, los Estados Unidos expresaron preocupación "[m]ás fundamentalmente" porque en el anuncio de apelación de México no se identificaba "un supuesto error en las cuestiones de derecho tratadas en los informes de los Grupos Especiales o la interpretación jurídica formulada por estos" en el sentido del párrafo 2 d) i) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo y el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.⁸⁷¹

6.303. El párrafo 6 del artículo 17 del ESD establece que "[una] apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este". El párrafo 2 d) i) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo se basa en el texto del párrafo 6 del artículo 17 del ESD al exigir que un anuncio de apelación contenga "un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de la identificación de los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este". Por lo tanto, el párrafo 2 d) i) de la Regla 20 refuerza la función que desempeña el anuncio de apelación como documento que define el ámbito de la apelación⁸⁷², dentro de los límites definidos por el párrafo 6 del artículo 17 del ESD. Una consideración fundamental al determinar si un anuncio de apelación es suficiente, por consiguiente, es si la alegación de error identificada en el anuncio de apelación concierne a "cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este", como exige el párrafo 6 del artículo 17 de ESD.

6.304. En la presente diferencia, México ha identificado una decisión adoptada por los Grupos Especiales relativa al desarrollo de sus actuaciones. En su anuncio de apelación, México impugna

⁸⁶⁹ Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010 (Procedimientos de trabajo).

⁸⁷⁰ Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, Comunicación del Órgano de Apelación, WT/AB/WP/W/11, 27 de julio de 2010, página 5.

⁸⁷¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 387.

⁸⁷² Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, Comunicación del Órgano de Apelación, WT/AB/WP/W/11, 27 de julio de 2010, página 5.

"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".⁸⁷³ Como se ha descrito *supra*, ya en las reuniones de organización con los Grupos Especiales, México se opuso a la observación por el público, por completo o parcialmente, de la reunión sustantiva de los Grupos Especiales con las partes sin el consentimiento de ambas partes. En el anuncio de apelación se identifica de nuevo la misma cuestión, a saber, si los Grupos Especiales tenían la facultad de celebrar una reunión con las partes parcialmente abierta a la observación por el público sin el consentimiento de ambas partes. El anuncio de apelación de México, leído en el contexto de los antecedentes de procedimiento pertinentes que llevaron a las constataciones de los Grupos Especiales, expuestos en los párrafos 6.292-6.295 *supra*, parece indicar que la cuestión de derecho es si los Grupos Especiales tenían la facultad de celebrar una reunión con las partes parcialmente abierta a la observación por el público sin el consentimiento de ambas partes. Por lo tanto, la alegación de error identificada en el párrafo 11 del anuncio de apelación de México parece concernir a una "cuesti[ón] de derecho tratada[]" en el informe del grupo especial", como exige el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

6.305. Además, al evaluar si en el anuncio de apelación de México se identifican de manera suficiente, de conformidad con el párrafo 2 d) i) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo, "los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este", recordamos que el Órgano de Apelación ha declarado que no se pretende que el anuncio de apelación contenga los motivos por los que el apelante considera erróneas las conclusiones o interpretaciones de un grupo especial. Más bien, los argumentos jurídicos en los que se basan las alegaciones de error se deberán exponer y ampliar en la comunicación del apelante.⁸⁷⁴ No consideramos que el anuncio de apelación de México debiera ir más allá de identificar las constataciones supuestamente erróneas de los Grupos Especiales y "conte[er] los motivos por los que [México] considera erróneas tales conclusiones o interpretaciones".⁸⁷⁵ En nuestra opinión, tales motivos se debían exponer en la comunicación del apelante presentada por México.

6.306. Además, si bien estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que un anuncio de apelación deficiente no puede subsanarse incluyendo una cuestión nueva o adicional en la comunicación del apelante⁸⁷⁶, consideramos que la comunicación del apelante puede consultarse con el fin de confirmar el sentido de los términos empleados en el anuncio de apelación.⁸⁷⁷ En su comunicación del apelante, México señala los aspectos del razonamiento de los Grupos Especiales respecto de los que discrepa y explica por qué considera que dicho razonamiento es erróneo.⁸⁷⁸ Por ejemplo, México

⁸⁷³ Anuncio de apelación de México, párrafo 11.

⁸⁷⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 95; e *Indonesia - Productos de hierro o acero*, párrafo 5.6. Cabe señalar que las declaraciones formuladas por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camarones* se refieren a una versión anterior de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación. En dichos Procedimientos de trabajo, el párrafo 2 d) de la Regla 20 establecía que un anuncio de apelación debía contener "un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de las alegaciones de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este". (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 95 (donde se citan los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/2, 28 de febrero de 1997)).

⁸⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 95. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Indonesia - Productos de hierro o acero*, párrafo 5.6.

⁸⁷⁶ Esto es especialmente cierto porque la Regla 23bis de los Procedimientos de trabajo establece la vía por la que un apelante puede modificar su anuncio de apelación. De hecho, en el pasado, el Órgano de Apelación ha considerado que determinadas alegaciones no estaban comprendidas en el ámbito de la apelación cuando el apelante había identificado la alegación de error en la comunicación del apelante, pero no en el anuncio de apelación, como exige el párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo. (Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafos 72-75; y *Japón - Manzanas*, párrafos 126-128).

⁸⁷⁷ A este respecto, consideramos que las declaraciones formuladas por el Órgano de Apelación relativas a la suficiencia de una solicitud de establecimiento de un grupo especial con arreglo al párrafo 2 del artículo 6 son pertinentes, *mutatis mutandis*, para el análisis de la suficiencia de un anuncio de apelación. En *Estados Unidos - Acero al carbono*, el Órgano de Apelación constató que un defecto en la solicitud de establecimiento de un grupo especial no puede subsanarse incluyendo una alegación en una comunicación al grupo especial. No obstante, al examinar si una solicitud de establecimiento de un grupo especial es o no suficiente, pueden consultarse las comunicaciones presentadas y las declaraciones hechas durante el curso de las actuaciones del grupo especial con el fin de confirmar el sentido de los términos empleados en la solicitud de establecimiento del grupo especial. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127).

⁸⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por México, párrafos 341 y 344 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafos 7.16 y 7.20).

impugna la declaración de los Grupos Especiales de que "[s]i un órgano resolutorio de la OMC está facultado para acceder a una solicitud de que se celebre una audiencia o una reunión con las partes plenamente abierta, debe en principio, *a fortiori*, estar facultado también para no llegar tan lejos, abriendo, por ejemplo, solo partes de una reunión con las partes".⁸⁷⁹ México afirma que la declaración de los Grupos Especiales es "incorrecta" porque, en todas las diferencias anteriores a las que los Grupos Especiales se remitieron para respaldar esta declaración, ambas partes en la diferencia habían acordado que la reunión fuera abierta.⁸⁸⁰ A nuestro juicio, estas declaraciones que figuran en la comunicación del apelante de México confirman la decisión de los Grupos Especiales respecto de la que discrepa México en el párrafo 11 de su anuncio de apelación y aportan los argumentos jurídicos que respaldan la alegación de error formulada por México.

6.307. Además, señalamos el argumento de los Estados Unidos de que México no ha justificado que su apelación esté comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 6 del artículo 17 del ESD porque, "[e]n lugar de referirse al asunto sometido por el OSD a los Grupos Especiales, la apelación de México se refiere a los procedimientos adoptados por los Grupos Especiales para desarrollar sus actuaciones".⁸⁸¹ No compartimos esta opinión. A nuestro juicio, la manera en que un grupo especial adopta procedimientos y desarrolla sus actuaciones al abordar el asunto que le ha sido sometido por el OSD puede plantear cuestiones de derecho e interpretación jurídica, que estarían comprendidas en el ámbito del examen en apelación en el sentido del párrafo 6 del artículo 17.⁸⁸²

6.308. Además de la preocupación fundamental de los Estados Unidos de que el anuncio de apelación de México incumple lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD y el párrafo 2 d) i) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo, los Estados Unidos aducen que el anuncio de apelación de México incumple los requisitos formales que establecen los incisos ii) y iii) del párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo. Los Estados Unidos aducen que en el anuncio de apelación de México no se menciona ninguna disposición jurídica de ningún acuerdo abarcado respecto de la cual se alegue que los Grupos Especiales han incurrido en error al interpretarla o aplicarla. Los Estados Unidos añaden que en el anuncio de apelación de México no se indica ningún párrafo de los informes de los Grupos Especiales que contenga los supuestos errores.⁸⁸³

6.309. Un anuncio de apelación debe incluir un breve resumen del carácter de la apelación.⁸⁸⁴ De conformidad con los incisos ii) y iii) del párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo, este breve resumen debe incluir una lista de las disposiciones jurídicas de los acuerdos abarcados respecto de las cuales se alega que el grupo especial ha incurrido en error al interpretarlas o aplicarlas y una lista indicativa de los párrafos del informe del grupo especial que contienen los supuestos errores. Estos dos requisitos facilitan "la identificación de los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este" como exige el párrafo 2 d) i) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo, leído en conjunto con el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

6.310. En el anuncio de apelación de México no se incluye "una lista indicativa de los párrafos" de los informes de los Grupos Especiales que contienen los supuestos errores, como exige el párrafo 2 d) iii) de la Regla 20. En el anuncio de apelación de México tampoco se incluye "una lista de las disposiciones jurídicas de los acuerdos abarcados" respecto de las cuales se alega que los Grupos Especiales han incurrido en error al interpretarlas o aplicarlas, como exige el párrafo 2 d) ii) de la Regla 20. En el pasado, el Órgano de Apelación ha considerado que tales omisiones constituyen "defectos formales del anuncio de apelación".⁸⁸⁵

⁸⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 341 (donde se citan los informes de los Grupos Especiales, párrafo 7.16).

⁸⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 342.

⁸⁸¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 389.

⁸⁸² Por ejemplo, en *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación consideró que una impugnación de la "constatación de procedimiento formulada por el Grupo Especial en el sentido de que el Grupo Especial no estaba autorizado a aceptar material procedente de fuentes no gubernamentales" se había planteado adecuadamente en el anuncio de apelación. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 94 y 96).

⁸⁸³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 385.

⁸⁸⁴ Párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo.

⁸⁸⁵ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)* / *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 283. Véase también *ibid.*, párrafo 279.

6.311. No obstante, como subrayó el Órgano de Apelación en los asuntos *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, el párrafo 2 d) de la Regla 20 no establece las consecuencias que se derivan del incumplimiento de sus requisitos formales.⁸⁸⁶ Al evaluar las posibles consecuencias de que un anuncio de apelación incumpla los requisitos formales de los incisos ii) y iii) del párrafo 2 d) de la Regla 20, el Órgano de Apelación se ha centrado en consideraciones sobre el debido proceso.⁸⁸⁷ A tal fin, el Órgano de Apelación ha tenido en cuenta el equilibrio "que hay que mantener entre, por una parte, el derecho de los Miembros a ejercer el derecho de apelación de manera seria y efectiva y, por otra, el derecho de los apelados a tener noticia, mediante el anuncio de apelación, de las constataciones que sean objeto de la apelación, a fin de que puedan ejercer efectivamente su derecho de defensa". Así, la perspectiva de desestimar una apelación porque un anuncio de apelación incumple los requisitos formales previstos en los incisos ii) y iii) del párrafo 2 d) de la Regla 20 se debe sopesar frente a la posibilidad de que se niegue el derecho de una parte a apelar al amparo del párrafo 6 del artículo 17 del ESD. El Órgano de Apelación ha constatado que, en la medida en que un apelado haya "[en]o] conocimiento de las cuestiones planteadas" en el anuncio de apelación, los defectos formales de dicho anuncio no "da[á]n lugar [necesariamente] a un perjuicio procesal del tipo que justificaría la desestimación" de la apelación.⁸⁸⁸

6.312. En la presente diferencia, si bien los Estados Unidos señalan estos defectos formales del anuncio de apelación de México, no han afirmado que, debido a estos defectos formales, no tuvieran noticia suficiente de la apelación formulada por México con respecto a la decisión de los Grupos Especiales de celebrar una reunión parcialmente abierta con las partes. Por lo tanto, pese a que México incumplió los requisitos que se establecen en los incisos ii) y iii) del párrafo 2 d) de la Regla 20, consideramos que estos defectos formales, por sí mismos, no justifican la desestimación de la apelación de México.

6.313. Sobre la base de lo anterior, constatamos que en el párrafo 11 del anuncio de apelación de México se identifica de manera suficiente un supuesto error en las cuestiones de derecho tratadas en los informes de los Grupos Especiales, como exige el párrafo 2 d) i) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo y el párrafo 6 del artículo 17 del ESD. En particular, en el anuncio de apelación de México se identifica, como una cuestión de derecho, la cuestión de si los Grupos Especiales tenían la facultad de celebrar una reunión con las partes parcialmente abierta a la observación por el público sin el consentimiento de ambas partes. Asimismo, constatamos que los defectos formales del anuncio de apelación de México, debidos al incumplimiento por México de los requisitos previstos en los incisos ii) y iii) del párrafo 2 d) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo no justifican, por sí mismos, la desestimación de la apelación de México. Por consiguiente, constatamos que la alegación de México de que los Grupos Especiales incurrieron en error al constatar que tenían la facultad de celebrar una reunión parcialmente abierta sin el consentimiento de ambas partes está debidamente comprendida en el ámbito de la presente apelación.

6.3.3 La cuestión de si el Órgano de Apelación debería pronunciarse sobre esta cuestión

6.314. Tras constatar que la alegación de error de México, identificada en el párrafo 11 de su anuncio de apelación, está debidamente comprendida en el ámbito de la presente apelación, tomamos nota de la sugerencia de los Estados Unidos en el sentido de que "sería adecuado que el Órgano de Apelación aplicara el principio de economía procesal" con respecto a esta alegación de error. En opinión de los Estados Unidos, esto se debe a que la apelación por México de la decisión

⁸⁸⁶ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 280.

⁸⁸⁷ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafo 62; y *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 206. A este respecto, el Órgano de Apelación ha advertido también a los Miembros del peligro de redactar sus anuncios de apelación o de otra apelación con tal vaguedad e imprecisión que haga "bastante difícil que el apelado, los terceros participantes y el Órgano de Apelación comprendan fácilmente todo el alcance de la alegación de [un apelante]". Comprender todo el alcance de una alegación del apelante no debería requerir tales esfuerzos. Una redacción más precisa del anuncio de apelación o del anuncio de otra apelación reduce el riesgo de que se presenten objeciones de procedimiento y de una posible desestimación de una alegación porque no cumple las prescripciones establecidas en la Regla 20 o la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (2ª reclamación)*, párrafo 686).

⁸⁸⁸ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II) / CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 283.

de los Grupos Especiales de celebrar una reunión de los Grupos Especiales parcialmente abierta no concierne a "cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial" ni a "interpretaciones jurídicas formuladas por este".⁸⁸⁹

6.315. Como cuestión preliminar, recordamos nuestra constatación *supra* de que en el párrafo 11 del anuncio de apelación de México se identifica de manera suficiente, como una cuestión de derecho, la cuestión de si los Grupos Especiales tenían la facultad de celebrar una reunión con las partes parcialmente abierta a la observación por el público sin el consentimiento de ambas partes.⁸⁹⁰ Por consiguiente, discrepamos de los Estados Unidos en que la apelación de México no concierne a "cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial".

6.316. Esto, sin embargo, no significa necesariamente que deba formularse una constatación sobre este aspecto de la apelación de México. A este respecto, son pertinentes las siguientes disposiciones del ESD. El párrafo 12 del artículo 17 establece que "[e]l Órgano de Apelación examinará cada una de las cuestiones planteadas de conformidad con el párrafo 6 en el procedimiento de apelación".⁸⁹¹ El párrafo 2 del artículo 3 establece lo siguiente:

El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

6.317. El párrafo 4 del artículo 3 establece que "[l]as recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión". El párrafo 7 del artículo 3 establece que "[e]l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias".

6.318. En el pasado, el Órgano de Apelación ha interpretado que estos objetivos generales del mecanismo de solución de diferencias de la OMC significan que, pese a que el Órgano de Apelación debe abordar cada una de las cuestiones planteadas en apelación, tiene la facultad discrecional de no pronunciarse sobre una cuestión cuando hacerlo no sea necesario para resolver la diferencia⁸⁹², pero el Órgano de Apelación puede pronunciarse sobre dicha cuestión a la luz de las circunstancias específicas de una diferencia determinada.⁸⁹³

6.319. Por lo que respecta a las circunstancias específicas de los presentes procedimientos, señalamos las siguientes consideraciones contrapuestas que son pertinentes para nuestra decisión de si es necesario pronunciarse sobre la alegación de error formulada por México. En primer lugar, la cuestión planteada por la apelación de México no está directamente relacionada con el "asunto debatido en la diferencia"⁸⁹⁴, esto es, si la medida sobre el atún de 2016 es compatible con el

⁸⁸⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 390.

⁸⁹⁰ Véase el párrafo 6.313 *supra*.

⁸⁹¹ El párrafo 6 del artículo 17 limita una apelación a "las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este".

⁸⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafos 510-511. En muchas de las ocasiones en que el Órgano de Apelación constató que era innecesario pronunciarse sobre una cuestión para resolver una diferencia, esa constatación se formuló después de que el Órgano de Apelación ya hubiese constatado un error o incompatibilidad en el marco de una alegación sustantiva conexa. (Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *UE - Biodiésel (Argentina)*, párrafo 6.89; *Estados Unidos - Reducción a cero (Japón)*, párrafo 140; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 156; y *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 243). No obstante, estos ejemplos no identifican de manera exhaustiva las circunstancias en que sería adecuado que el Órgano de Apelación constatará que es innecesario pronunciarse sobre una cuestión para resolver una diferencia. (Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *UE - Alcoholes grasos (Indonesia)*, párrafo 5.252; *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafos 510-511; y *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafos 483-484).

⁸⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *China - Tubos de altas prestaciones (UE)*, párrafos 5.310 y 5.317. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 510.

⁸⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 22. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *UE - PET (Pakistán)*, párrafo 5.28; *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 87; *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 257; *Canadá - Exportaciones de trigo e*

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

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

7 CONSTATAIONES Y CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

⁸⁹⁶ Véase el párrafo 6.307 *supra*.

⁸⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por México, párrafo 353.

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

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

⁹⁰⁰ Respuesta de México a preguntas formuladas en la audiencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.4 Recomendación

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

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

Ujal Singh Bhatia
Presidente de la Sección

Thomas R. Graham
Miembro

Hong Zhao
Miembro
