



20 de noviembre de 2015

(15-6161)

Página: 1/49

Original: inglés

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

RECURSO DE MÉXICO AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

AB-2015-6

Informe del Órgano de Apelación

Addendum

El presente *Addendum* contiene los anexos A a D del informe del Órgano de Apelación distribuido como documento WT/DS381/AB/RW.

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

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****ANUNCIOS DE APELACIÓN Y DE OTRA APELACIÓN**

Índice		Página
Anexo A-1	Anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos	A-2
Anexo A-2	Anuncio de otra apelación presentado por México	A-5

ANEXO B**ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos	B-2
Anexo B-2	Resumen de la comunicación presentada por México en calidad de otro apelante	B-12
Anexo B-3	Resumen de la comunicación del apelado presentada por México	B-17
Anexo B-4	Resumen de la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos	B-24

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante	C-2
Anexo C-2	Resumen de la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante	C-3
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante	C-6
Anexo C-4	Resumen de la comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante	C-7

ANEXO D**RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO**

Índice		Página
Anexo D	Resolución de procedimiento de 21 de julio de 2015 con respecto a la modificación de las fechas de la audiencia	D-2

ANEXO A

ANUNCIOS DE APELACIÓN Y DE OTRA APELACIÓN

Índice		Página
Anexo A-1	Anuncio de apelación presentado por los Estados Unidos	A-2
Anexo A-2	Anuncio de otra apelación presentado por México	A-5

ANEXO A-1

ANUNCIO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LOS ESTADOS UNIDOS*

1. De conformidad con el artículo 16 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") y la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, los Estados Unidos notifican por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *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* (WT/DS381/RW) ("informe del Grupo Especial") y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial.

2. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación examine las constataciones y la conclusión formuladas por el Grupo Especial según las cuales la medida modificada sobre el etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* (el "Acuerdo OTC") porque da a las exportaciones de atún y productos de atún de México un trato menos favorable.¹ Esa conclusión es errónea y se basa en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas, incluidas las siguientes:

- a) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación de la medida modificada modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares porque imponen una carga más ligera al atún y los productos de atún capturados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del Pacífico Tropical Oriental (PTO) que al atún y los productos de atún capturados dentro de esa pesquería.²
- b) La constatación del Grupo Especial de que el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación no deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas porque las prescripciones aplicables al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO pueden dar lugar a que se transmita a los consumidores información inexacta.³
- c) La constatación del Grupo Especial de que el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación no deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas debido al diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones.⁴
- d) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida modificada modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares porque imponen una carga más ligera al atún y los

* Este anuncio, de fecha 10 de junio de 2015, se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS381/25.

¹ Véase, *por ejemplo*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.233, 7.263 y 8.2 b) (con respecto a las prescripciones en materia de certificación); *ibid.*, párrafos 7.400 y 8.2 c) (con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación).

² Véase, *por ejemplo*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.162, 7.170, 7.178, 179, 7.454, 7.500 y 8.2 b). Los Estados Unidos consideran que el Grupo Especial incurrió en un error de derecho con respecto a esta constatación. Sin embargo, en la medida en que el Órgano de Apelación considere que la cuestión del sentido del derecho interno en este caso es una cuestión de hecho, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al concluir que las prescripciones en materia de certificación se aplican a la *totalidad* del atún y los productos de atún.

³ Véase, *por ejemplo*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.233, 7.234, 7.246, 7.598-7.602 y 8.2 b).

⁴ Véase, *por ejemplo*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.258-263, 7.283 y 8.2 b).

productos de atún capturados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que al atún y los productos de atún capturados dentro de esa pesquería.⁵

- e) La constatación del Grupo Especial de que el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación no deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas.⁶

3. Los Estados Unidos también solicitan que el Órgano de Apelación examine las constataciones y conclusiones del Grupo Especial según las cuales la medida modificada sobre el etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (el "GATT de 1994")⁷ y, si el Órgano de Apelación no revocara la constatación del Grupo Especial, ya sea con respecto al párrafo 1 del artículo I o al párrafo 4 del artículo III, los Estados Unidos solicitan que se examinen las constataciones del Grupo Especial de que la medida modificada no se aplica de manera compatible con la parte introductoria del artículo XX.⁸ Esas conclusiones son erróneas y están basadas en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas, incluidas las siguientes:

- a) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación de la medida modificada son incompatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 porque exigen la cobertura por observadores en el caso de los buques de cerco en el PTO, pero no en el caso de los buques que faenan en otras pesquerías.⁹
- b) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida modificada son incompatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 porque imponen una carga más ligera a los buques que faenan fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que a los buques que faenan dentro de esa pesquería.¹⁰
- c) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación de la medida modificada son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque imponen una carga más ligera al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que al capturado dentro de esa pesquería.¹¹
- d) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida modificada son incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque imponen una carga más ligera al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que al capturado dentro de esa pesquería.¹²
- e) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación de la medida modificada imponen una "discriminación arbitrari[a] e injustificable entre los países en que prevale[cen] las mismas condiciones",

⁵ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.369-7.372, 7.382, 7.462, 7.463, 7.502 y 8.2 c). Los Estados Unidos consideran que el Grupo Especial incurrió en un error de derecho con respecto a esta constatación. Sin embargo, en la medida en que el Órgano de Apelación considere que la cuestión del sentido del derecho interno en este caso es una cuestión de hecho, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al concluir que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación se aplican a la *totalidad* del atún y los productos de atún.

⁶ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.392, 7.395, 7.397-7.402 y 8.2 c).

⁷ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial párrafos 7.455, 456, 7.500, 7.501, 7.504 y 8.3 b) (con respecto a las prescripciones en materia de certificación); *ibid.*, párrafos 7.464, 465, 7.502-7.504 y 8.3 c) (con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación).

⁸ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.603-7.605 y 8.5 b) (con respecto a las prescripciones en materia de certificación); *ibid.*, párrafos 7.611 y 8.5 c) (con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación).

⁹ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.455, 7.456 y 8.3 b).

¹⁰ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.463-7.465 y 8.3 c).

¹¹ Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.500, 7.501 y 8.3 b).

¹² Véase, por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.502, 7.503 y 8.3 c).

contraviniendo lo dispuesto en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, porque las prescripciones aplicables al atún y los productos de atún capturados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO hacen más fácil que el atún que no es *dolphin safe* sea etiquetado incorrectamente como *dolphin safe*.¹³

- f) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación de la medida modificada imponen una "discriminación arbitrari[a] e injustificable entre los países en que prevale[cen] las mismas condiciones", contraviniendo lo dispuesto en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, debido al diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones.¹⁴
- g) La constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación imponen una "discriminación arbitrari[a] e injustificable entre los países en que prevale[cen] las mismas condiciones", contraviniendo lo dispuesto en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, porque imponen una carga más ligera al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.¹⁵

4. Los Estados Unidos también solicitan al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como se exige en el artículo 11 del ESD, en lo que concierne a las llamadas "disposiciones relativas a las determinaciones".¹⁶ El Grupo Especial llegó a sus conclusiones con respecto a esas disposiciones basándose en constataciones de hecho que carecían de una base probatoria suficiente, sin evaluar la totalidad de las pruebas y sin dar una explicación adecuada.¹⁷

5. En el caso de que México apele la constatación del Grupo Especial de que la medida modificada, incluidos los tres elementos impugnados, está provisionalmente justificada al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994 y el Órgano de Apelación revoque la constatación con respecto a cualquiera de los tres elementos impugnados, los Estados Unidos solicitan que se examine la aplicación por el Grupo Especial del principio de economía procesal con respecto a la defensa de los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.¹⁸ Los Estados Unidos sostienen que en el expediente obran hechos suficientes para que el Órgano de Apelación complete el análisis de la medida modificada, incluidos los tres elementos impugnados, y constate que la medida está provisionalmente justificada al amparo del apartado b) del artículo XX.

¹³ Véase, *por ejemplo*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.598-7.603, 7.605 y 8.5 b).

¹⁴ Véase, *por ejemplo*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.604, 7.605, 7.607 y 8.5 b).

¹⁵ Véase, *por ejemplo*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.610, 7.611, 8.5 c).

¹⁶ Véase, informe del Grupo Especial, párrafos 7.258-7.263 y 7.604.

¹⁷ Véase, *por ejemplo*, informe del Grupo Especial, párrafos 7.258-7.263 y 7.604.

¹⁸ Véase, informe del Grupo Especial, párrafos 7.543-7.545.

ANEXO A-2**ANUNCIO DE OTRA APELACIÓN PRESENTADO POR MÉXICO***

1. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD) y el párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, los Estados Unidos Mexicanos (México) notifican por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación respecto de determinadas cuestiones de derecho y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *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)* (WT/DS381/RW) (informe del Grupo Especial).

2. De conformidad con los párrafos 1 y 3 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, México presenta simultáneamente ante la Secretaría del Órgano de Apelación el presente anuncio de otra apelación y su comunicación en calidad de otro apelante.

3. La medida en litigio en la presente diferencia concierne a la medida sobre el atún modificada, que comprende: i) el artículo 1385 ("Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines") (DPCIA), que figura en el subcapítulo II ("Conservación y Protección de los Mamíferos Marinos") del capítulo 31 ("Protección de los Mamíferos Marinos") del Título 16 del *United States Code*; ii) la parte 216, apartado H ("Etiquetado 'dolphin Safe' del atún") del Título 50 del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos, modificado por la norma definitiva de 2013; y iii) la decisión judicial en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007).

4. De conformidad con el párrafo 2) c) ii) de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, el presente anuncio de otra apelación incluye una lista indicativa de los párrafos del informe del Grupo Especial que contienen los errores alegados, sin perjuicio de la facultad de México de referirse a otros párrafos del informe del Grupo Especial en el contexto de la presente apelación.

I. El Grupo Especial incurrió en error al constatar y concluir que prescripciones específicas establecidas en la medida sobre el atún modificada, y no la medida en su totalidad, eran incompatibles con disposiciones de la OMC

5. México solicita que el Órgano de Apelación examine y modifique las constataciones y conclusiones del Grupo Especial de que solamente dos de los tres elementos de la medida sobre el atún modificada son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994).

6. Aunque México está de acuerdo con parte del razonamiento y de las constataciones que figuran en el informe del Grupo Especial, el Grupo Especial debería haber concluido explícitamente que la medida sobre el atún modificada en su totalidad es incompatible con esas disposiciones, en lugar de limitar su resolución a elementos concretos.

7. El Grupo Especial debería haber llegado a la conclusión de que la medida sobre el atún modificada en su totalidad es incompatible con el 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, en el caso del GATT de 1994, de que las incompatibilidades no eran justificables al amparo del artículo XX. El hecho de que el Grupo Especial no lo hiciera constituye un error de derecho.¹

* Este documento, de fecha 10 de junio de 2015, se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS381/25.

¹ Los errores de derecho del Grupo Especial figuran, entre otros, en los párrafos 7.97-7.108, 7.179, 7.233, 7.246, 7.258, 7.259, 7.283, 7.382, 7.400, 7.428, 7.430, 7.442, 7.451, 7.455, 7.456, 7.464-7.465, 7.492, 7.501, 7.503, 7.504, 7.541, 7.605, 7.607, 7.611, 8.2 b), 8.2 c), 8.3 b), 8.3 c), 8.5 b) y 8.5 c) del informe del Grupo Especial.

II. El Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones sobre los criterios de admisibilidad de los métodos de pesca al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

8. México solicita que el Órgano de Apelación examine y revoque las constataciones y la conclusión formuladas por el Grupo Especial, con respecto a los criterios de admisibilidad de los métodos de pesca, al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La conclusión del Grupo Especial es errónea y se basa en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretación jurídica.²

9. En particular, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Órgano de Apelación se había pronunciado previamente sobre esta cuestión. También incurrió en error al constatar que los criterios de admisibilidad se aplicaban de manera imparcial. En lugar de ello, debería haber constatado que los criterios de admisibilidad carecían de imparcialidad y, por consiguiente, en virtud de los criterios de admisibilidad, el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

10. México también solicita al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, de conformidad con el artículo 11 del ESD, en relación con las siguientes constataciones fácticas: i) la modificación de sus constataciones fácticas, formuladas en el procedimiento inicial, sobre los efectos perjudiciales no observados en el caso de los lances sobre delfines sin disponer de ninguna nueva prueba para respaldar esa modificación; ii) la constatación de que otros métodos de pesca no tienen efectos perjudiciales no observables y el hecho de no tener en cuenta pruebas en sentido contrario obrantes en el expediente; y iii) la constatación de que el Órgano de Apelación constató que los lances sobre delfines son especialmente más dañinos para los delfines que otros métodos de pesca cuando el Órgano de Apelación no formuló tal constatación.³

11. Como consecuencia de esos errores, México solicita que el Órgano de Apelación modifique el razonamiento del Grupo Especial, revoque la constatación del Grupo Especial de que los criterios de admisibilidad se aplican de manera imparcial y constate en cambio que, en virtud de los criterios de admisibilidad, el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y, por esta razón adicional, la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.

III. El Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones sobre los observadores independientes previstos en las prescripciones en materia de certificación al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

12. México solicita que el Órgano de Apelación examine y revoque las constataciones y conclusiones formuladas por el Grupo Especial, con respecto a las constataciones relativas a los observadores independientes previstos en las prescripciones en materia de certificación, al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Esta conclusión es errónea y se basa en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretación jurídica.⁴

13. En particular, el Grupo Especial incurrió en error al no constatar que: i) respecto de las certificaciones *dolphin safe*, en algunos casos los capitanes pueden tener un conflicto de interés económico, lo que hace que sus certificaciones sean menos fiables; y ii) la justificación que dieron los Estados Unidos para que haya prescripciones diferentes, según la cual las circunstancias en el Pacífico Tropical Oriental (PTO) son típicas, queda de hecho desmentida por pruebas de que el atún se asocia con los delfines en otras regiones oceánicas, en especial en el Océano Índico. México solicita al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, con respecto a estas constataciones.

² Los errores de derecho del Grupo Especial figuran, entre otros, en los párrafos 7.117-7.134 y 8.2 a) del informe del Grupo Especial.

³ Los errores de derecho del Grupo Especial figuran, entre otros, en los párrafos 7.130, 7.135, 7.120, 7.132, 7.134 y 7.135 del informe del Grupo Especial.

⁴ Los errores de derecho del Grupo Especial figuran, entre otros, en los párrafos 7.208-7.211, 7.241, 7.242 y 7.595-7.597 del informe del Grupo Especial.

14. Como consecuencia de esos errores, México solicita que el Órgano de Apelación modifique el razonamiento del Grupo Especial y constate, por las razones adicionales de que se realizan lances sobre delfines fuera del PTO y que las autocertificaciones de los capitanes crean deficiencias en la designación *dolphin safe*, que las prescripciones en materia de certificación no se aplican de manera imparcial y, en consecuencia, el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, y por esta razón adicional la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.

IV. El Grupo Especial incurrió en error en sus constataciones sobre los criterios de admisibilidad al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada en el marco de la parte introductoria del artículo XX

15. México solicita que el Órgano de Apelación examine y revoque las constataciones y conclusiones formuladas por el Grupo Especial, con respecto a las constataciones relativas a los criterios de admisibilidad, al evaluar la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Esta conclusión es errónea y se basa en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretación jurídica.⁵

16. Como consecuencia de esos errores, México solicita que el Órgano de Apelación modifique el razonamiento del Grupo Especial y constate que, por esta razón adicional, las prescripciones de admisibilidad demuestran que la medida sobre el atún modificada se aplica en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre los países en que prevalecen las mismas condiciones y, por lo tanto, no se cumplen los requisitos de la parte introductoria.

⁵ Los errores de derecho del Grupo Especial figuran, entre otros, en los párrafos 7.545, 7.577, 7.581, 7.582, 7.584, 7.585 y 8.5 a) del informe del Grupo Especial.

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos	B-2
Anexo B-2	Resumen de la comunicación presentada por México en calidad de otro apelante	B-12
Anexo B-3	Resumen de la comunicación del apelado presentada por México	B-17
Anexo B-4	Resumen de la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos	B-24

ANEXO B-1**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELANTE PRESENTADA
POR LOS ESTADOS UNIDOS**

1. En la diferencia subyacente, el Órgano de Apelación constató que la medida estadounidense de etiquetado *dolphin safe* era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Los Estados Unidos tomaron cuidadosamente nota de la preocupación identificada por el Órgano de Apelación y la atendieron mediante la norma definitiva de 2013. Concretamente, el Órgano de Apelación constató que la medida inicial era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 porque los productos de atún procedentes de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO no reunían los requisitos para llevar la etiqueta *dolphin safe* si se había dado muerte o herido gravemente a un delfín en el lance en el que se había capturado el atún, pero esa condición no se aplicaba a los productos de atún procedentes de otras pesquerías.¹ Con arreglo a la medida modificada, esa condición se aplica a todos los productos de atún, con independencia de la pesquería en que se haya capturado el atún.² Así pues, los Estados Unidos consideran que la medida modificada es compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con las disposiciones del GATT de 1994 relativas a la no discriminación.

2. Sin embargo, el Grupo Especial no estuvo de acuerdo y constató que determinados aspectos de la medida modificada -a saber, las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación- eran incompatibles 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 estaban justificados al amparo de la parte introductoria del artículo XX. Como se describe más adelante, los Estados Unidos consideran que esas constataciones del Grupo Especial son erróneas, y solicitan respetuosamente al Órgano de Apelación que las revoque y constate que la medida modificada es plenamente compatible con las disposiciones del Acuerdo OTC y el GATT de 1994 relativas a la no discriminación.

3. En la sección II de la presente comunicación se expone el contexto en el que debe interpretarse y evaluarse la medida estadounidense. En ella se explica que la captura de peces en todo el mundo está regida por numerosas instituciones nacionales y supranacionales. Una de ellas -el APICD- fue establecida en respuesta a una crisis sin precedentes en lo relativo a la mortalidad de delfines, concretamente para documentar y atenuar la captura incidental de delfines debida a la pesca de atún. Las prescripciones y los programas sin igual que las partes en el APICD impusieron a sus ramas de producción de atún reflejan ese objetivo singular. Las prescripciones del APICD comprenden la presencia obligatoria de observadores a bordo y un sistema de seguimiento y verificación del atún. Ninguna otra organización administradora de pesquerías se ha enfrentado con una situación similar a la que existía en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, y ninguna otra organización ha adoptado prescripciones similares a las del APICD.

4. En las secciones III a VI se exponen a continuación las apelaciones estadounidenses contra las constataciones del Grupo Especial.

1 PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

5. En la sección III de la presente comunicación, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida modificada era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En las subsecciones A, B y C se proporciona una introducción a los argumentos estadounidenses, se resume el criterio jurídico del párrafo 1 del artículo 2 y se describe la carga de la prueba aplicable en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. En las subsecciones D y E se describen las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial y la medida de los Estados Unidos destinada a cumplir, la norma definitiva de 2013, que abordó directamente a esas recomendaciones y resoluciones.

¹ Estados Unidos - Atún II (México) (Órgano de Apelación), párrafos 289-292 y 298.

² Véase Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 7.142.

a. El Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2

6. En la sección III.G, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación de la medida modificada dan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros Miembros.

7. En la sección III.G.3, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. Los Estados Unidos consideran que las constataciones del Grupo Especial son erróneas en tres aspectos. Si el Órgano de Apelación efectuara una constatación favorable a los Estados Unidos sobre cualquiera de esas tres apelaciones, debería revocar, por consiguiente, la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. Esa revocación significaría que también tendría que revocarse la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2.³

8. En primer lugar, como se explica en la sección III.G.3.a, el Grupo Especial incurrió en error en su asignación de la carga de la prueba. El Órgano de Apelación ha dejado claro que, en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2, no hay nada que modifique la asignación tradicional de la carga de la prueba⁴, según la cual un reclamante debe acreditar *prima facie* todos los elementos de sus alegaciones.⁵ A este respecto, México adujo que las prescripciones en materia de certificación tienen un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos debido a las diferencias en la *exactitud* de las certificaciones en el caso del atún capturado dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.⁶ El Grupo Especial no formuló una "constatación definitiva" sobre este punto.⁷ En lugar de ello, constató la existencia de un efecto perjudicial sobre la base de una teoría totalmente distinta, a saber, la existencia de una diferencia en los costos relacionados con los observadores, que México nunca hizo valer ni respaldó mediante pruebas. Por lo tanto, el Grupo Especial incurrió en error al establecer una supuesta presunción *prima facie* por México, y la constatación del Grupo Especial del efecto perjudicial fue errónea.

9. En segundo lugar, como se explica en la sección III.G.3.b, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que cualquier diferencia en los costos relacionados con los observadores modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. Un grupo especial no puede dar por supuesto que una medida proporciona un trato menos favorable simplemente porque el trato dado al producto importado es *diferente* del otorgado a los demás productos similares.⁸ Y, de hecho, anteriores grupos especiales ciertamente han analizado si las condiciones de competencia en el mercado del demandado han sido modificadas en detrimento del producto importado. El análisis efectuado por el Grupo Especial representó un apartamiento importante con respecto a la orientación del Órgano de Apelación y el enfoque de anteriores grupos especiales. El Grupo Especial no identificó el costo en que pueden incurrir los productores mexicanos ni analizó si esos costos modificaban las condiciones de competencia en el mercado estadounidense. En lugar de ello, el análisis del Grupo Especial partió de los posibles costos del establecimiento de un programa de observadores para otros países, que son un sustituto impreciso. Así pues, el Grupo Especial no realizó un análisis en el que basar una constatación de que las prescripciones en materia de certificación modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos. Por ello, la constatación por el Grupo Especial de la existencia de un efecto perjudicial fue errónea.

³ Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 8.2.b.

⁴ Estados Unidos - Atún II (México) (Órgano de Apelación), párrafo 216 (donde se cita el asunto Estados Unidos - Camisas y blusas de lana (Órgano de Apelación), página 16).

⁵ Estados Unidos - Juegos de azar (Órgano de Apelación), párrafo 140.

⁶ Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 7.152.

⁷ Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 7.169.

⁸ Véase, por ejemplo, Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna (Órgano de Apelación), párrafos 141 y 144.

10. En tercer lugar, como se explica en la sección III.G.3.d, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que existe una relación auténtica entre la medida modificada y el efecto perjudicial. En primer lugar, como los productos de atún mexicanos se obtienen utilizando un método de pesca que hace que no reúnan las condiciones para la etiqueta, el Grupo Especial se equivocó al concluir que cualesquiera diferencias en los costos relacionados con los observadores en que incurre México son "atribuibles" a la medida modificada. De hecho, la medida modificada *no exige en absoluto* que los productos de atún mexicanos, que son productos de atún no *dolphin safe*, vayan acompañados por la prueba consistente en un certificado de un observador. En segundo lugar, incluso con independencia de esto, ninguna diferencia en los costos relacionados con los observadores es "atribuible" a la medida modificada porque la prescripción de que haya un observador a bordo de los grandes buques de cerco mexicanos en el PTO deriva de las obligaciones de México de conformidad con el APICD y no de la legislación estadounidense. En realidad, la medida de los Estados Unidos no causa los costos relacionados con los observadores que recaen sobre las distintas flotas y ramas de producción ni los afecta en modo alguno. Por ello, el Grupo Especial incurrió en error al constatar la existencia de una relación auténtica entre la medida estadounidense y cualesquiera diferencias preexistentes en los costos relacionados con los observadores.

11. Por estas razones, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación de la medida modificada tienen un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos, y los Estados Unidos solicitan respetuosamente que se revoquen esa constatación y la constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2, que se basa en esa constatación de efecto perjudicial.⁹

12. En la sección III.G.4, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que ningún efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas. Los Estados Unidos apelan contra dos aspectos del análisis del Grupo Especial. Como esos dos aspectos parecen constituir bases independientes para la constatación del Grupo Especial sobre la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación, si el Órgano de Apelación se pronunciara en favor de los Estados Unidos en ambas apelaciones, debería, como consecuencia, revocar la constatación del Grupo Especial y, por consiguiente, la constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 formulada en último término por el Grupo Especial.¹⁰

13. En primer lugar, en la sección III.G.4.a, los Estados Unidos explican que los integrantes mayoritarios del Grupo Especial incurrieron en error al constatar que ningún efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima debido a las diferencias de formación e instrucción entre los que certifican que el atún fue capturado de manera inocua para los delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO (capitanes y observadores aprobados por el APICD) y los que proporcionan certificados en otras pesquerías (capitanes). Concretamente, la mayoría aplicó un criterio jurídico incorrecto, al preguntar si el efecto perjudicial se explica por los objetivos que trata de alcanzar la medida en litigio cuando la pregunta que se plantea de conformidad con el segundo paso del párrafo 1 del artículo 2 es si las distinciones reglamentarias que originan ese efecto perjudicial "están diseñadas y se aplican de manera imparcial".¹¹

14. Con arreglo al análisis jurídico correcto, hay dos bases por las que cualquier efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación derive, de hecho, exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En primer lugar, las constataciones de la propia mayoría demuestran que las prescripciones en materia de certificación son imparciales porque "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Concretamente, las prescripciones reflejan que, como constató el Grupo Especial, en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO hay un "perfil [...] de riesgo" para los delfines diferente (mayor) que en otras pesquerías, y las prescripciones en materia de certificación se adaptan a ese perfil de riesgo diferente. En segundo lugar, las

⁹ Véase *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafos 7.170, 7.179 y 8.2.b.

¹⁰ *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafo 8.2.b.

¹¹ *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá/México) (Órgano de Apelación)*, párrafo 5.92; véanse también *Estados Unidos - Atún II (México) (Órgano de Apelación)*, nota 461; y *Estados Unidos - EPO (Órgano de Apelación)*, párrafo 271.

prescripciones en materia de certificación son imparciales porque se explican por una razón legítima y no discriminatoria: reflejan el hecho de que las partes en el APICD han consentido en imponer un programa de observadores sin precedentes a sus propias ramas de producción de atún. El hecho de que la medida modificada exija el certificado de un observador cuando ya hay un observador a bordo del buque *con ese mismo objetivo* y no imponga esa prescripción cuando no hay a bordo ese encargado de la certificación tiene una base legítima y no discriminatoria, y la mayoría incurrió en error al no constatarlo.

15. En segundo lugar, como se explica en la sección III.G.4.b, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones eran otra base para constatar que el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En primer lugar, el Grupo Especial incurrió en error en su asignación de la carga de la prueba. México no planteó esta cuestión en absoluto -y aún menos acreditó *prima facie* una incompatibilidad-, y el Grupo Especial incurrió en error al liberar a México de su carga. En segundo lugar, el Grupo Especial incurrió en error en su razonamiento y constatación al aplicar el análisis jurídico incorrecto y actuar en forma incompatible con el artículo 11 del ESD. Concretamente, el Grupo Especial incurrió en error al no analizar si las disposiciones relativas a las determinaciones respaldan una constatación de que las prescripciones en materia de certificación "están diseñadas y se aplican" de manera imparcial y actuó en forma incompatible con el artículo 11 al llegar a una constatación no respaldada por las pruebas obrantes en el expediente. El Grupo Especial incurrió también en error al aplicar el análisis jurídico incorrecto y no constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones pueden conciliarse con los objetivos de la medida modificada.

16. A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que ningún efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas, y los Estados Unidos solicitan respetuosamente al Órgano de Apelación que revoque esa constatación y la constatación de la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo 2, que se basa en esa constatación de efecto perjudicial.¹²

b. El Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2

17. En la sección III.H, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida modificada dan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros Miembros.

18. En la sección III.H.3, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. Los Estados Unidos apelan contra cuatro aspectos del análisis efectuado por el Grupo Especial. Si el Órgano de Apelación se pronunciara a favor de los Estados Unidos en cualquiera de esas cuatro apelaciones, debería, por consiguiente, revocar la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. Esa revocación significaría que la constatación formulada en último término por el Grupo Especial de que las prescripciones son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 también tendría que revocarse.¹³

19. En primer lugar, en la sección III.H.3.a se explica que, por las mismas razones examinadas en la sección III.G.3.a, el Grupo Especial incurrió en error en su asignación de la carga de la prueba. En relación con esta cuestión, México adujo que la inexistencia de suficientes prescripciones en materia de mantenimiento de registros respecto de los productos de atún obtenidos fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO hace que los productos de atún mexicanos pierdan oportunidades de competencia frente a productos que pueden etiquetarse incorrectamente como *dolphin safe*.¹⁴ El Grupo Especial no efectuó una "constatación definitiva"

¹² Véase *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafos 7.233, 7.234, 7.263 y 8.2.b.

¹³ *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 8.2.c.

¹⁴ *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 7.288.

con respecto a ese argumento.¹⁵ En lugar de ello, constató que existía un efecto perjudicial sobre la base de una teoría *distinta*, a saber, que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación imponen a las distintas ramas de producción de productos de atún una "carga" diferente que ha modificado las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. México no planteó en ningún momento ese argumento ni presentó pruebas para respaldarlo y, por lo tanto, no estableció en ningún momento una presunción *prima facie*. La cuestión debía haber concluido ahí ya que un grupo especial no puede asumir la responsabilidad de "abonar las argumentaciones del reclamante".¹⁶ Al plantear *sua sponte* un argumento que México no adujo ni demostró en ningún momento, el Grupo Especial actuó en forma incompatible con la carga de la prueba en este procedimiento. Así pues, la constatación de efecto perjudicial del Grupo Especial fue errónea.

20. En segundo lugar, como se explica en la sección III.H.3.b, el Grupo Especial incurrió en error al llegar a una constatación que no puede respaldarse jurídicamente sobre la base de las pruebas obrantes en el expediente. El Grupo Especial constató que los regímenes de seguimiento y verificación del APICD y la NOAA eran diferentes en tres aspectos: "el alcance, la exactitud y el grado de supervisión gubernamental".¹⁷ El Grupo Especial constató que esas diferencias demostraban que se "modifican las condiciones de competencia", ya que el régimen de la NOAA es "menos gravoso". El Grupo Especial no indicó en ningún momento lo que esto significaba ni proporcionó ningún análisis adicional de la manera en que esa diferencia de la "carga" modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense, *igualando* cualquier diferencia de la "carga" con el efecto perjudicial. Las pruebas relativas a las diferencias que identificó el Grupo Especial no demuestran que el régimen de la NOAA sea menos "gravoso" en su cumplimiento que el régimen del APICD de ninguna manera que modifique las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos. Por lo tanto, el Grupo Especial incurrió en error al llegar a una conclusión jurídica sobre la carga y el efecto perjudicial para la que no hay ninguna base en el expediente.

21. En tercer lugar, en la sección III.H.3.c se explica que, por razones similares a las examinadas en la sección III.G.3.b, el Grupo Especial incurrió en error al no aplicar el análisis jurídico correcto cuando efectuó su constatación de efecto perjudicial. El Grupo Especial consideró que su constatación de una diferencia en la "carga" entre los regímenes del APICD y la NOAA establecía, *ipso facto*, una presunción *prima facie* en cuanto al primer paso del párrafo 1 del artículo 2. De hecho, un grupo especial debe examinar si cualquier diferencia que haya identificado modifica las condiciones de competencia en detrimento del grupo de productos importados. El que el Grupo Especial no lo hiciera constituyó un importante apartamiento con respecto a la clara orientación del Órgano de Apelación y el enfoque realmente adoptado por anteriores grupos especiales. La constatación de efecto perjudicial del Grupo Especial fue errónea.

22. En cuarto lugar, en la sección III.H.3.e se explica que, por las razones examinadas en la sección III.G.3.d, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que existe una relación auténtica entre la medida estadounidense y cualquier efecto perjudicial. Al igual que en el caso de las prescripciones en materia de certificación, la constatación del Grupo Especial es errónea con arreglo a dos bases distintas. En primer lugar, el Grupo Especial incurrió en error al no tener en cuenta el hecho de que los productos de atún mexicanos *no reúnen las condiciones para tener acceso a la etiqueta dolphin safe*. Por ello, la medida modificada no incorpora las prescripciones del APICD ni crea ninguna distinción reglamentaria con respecto a los productos de atún mexicanos. En segundo lugar, el Grupo Especial no tuvo debidamente en cuenta que la distinción reglamentaria de la medida modificada refleja el hecho de que las partes en el APICD han dado su consentimiento, en relación con el funcionamiento de sus grandes buques de cerco en el PTO, a normas que no se reproducen en el caso de otras pesquerías. De hecho, si los Estados Unidos eliminaran todas las referencias al APICD en la medida modificada, la diferencia en la "carga" identificada por el Grupo Especial *seguiría existiendo*.

¹⁵ Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 7.382; véase también *ibid.*, párrafo 7.372.

¹⁶ Japón - Productos agrícolas II (Órgano de Apelación), párrafo 129.

¹⁷ Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 7.354. (no se reproducen las cursivas)

23. Por estas razones, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida modificada tienen un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos, y los Estados Unidos solicitan respetuosamente que se revoquen esa constatación y la constatación conexa de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2.¹⁸

24. En la sección III.H.4, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que ningún efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas. El Grupo Especial incurrió en error al aplicar un criterio jurídico incorrecto en su análisis. El segundo paso del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 no es una prueba basada en el único factor de si existe una "conexión racional" entre el efecto perjudicial y los objetivos de la medida, sino un análisis de si las distinciones reglamentarias que originan el efecto perjudicial "están diseñadas y se aplican de manera imparcial".¹⁹

25. Si el Órgano de Apelación efectuara una constatación favorable a los Estados Unidos en esa apelación, debería, por consiguiente, revocar la constatación del Grupo Especial de que el efecto perjudicial no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Esa revocación significaría que la constatación formulada en último término por el Grupo Especial de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación no son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC tendría que revocarse.²⁰

26. En las secciones III.H.4.a y III.H.4.b, los Estados Unidos explican las dos bases separadas por las que cualquier efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

27. En primer lugar, como las prescripciones en materia de certificación, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son imparciales porque "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas pesquerías. El Grupo Especial *coincidió* con los Estados Unidos en que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un "perfil de riesgo" en cuanto al daño para los delfines distinto del de otras pesquerías. A la luz de ese hecho, es totalmente apropiado que los Estados Unidos establezcan para el atún producido en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO prescripciones diferentes que para el atún producido en otras pesquerías. Así pues, el hecho de que los regímenes del APICD y la NOAA sean distintos -y *puedan* tener tasas de exactitud distintas- no puede, por sí solo, ser una base sobre la cual se constata que la diferencia de los regímenes no es imparcial cuando los perfiles de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y de todas las demás pesquerías son tan distintos.

28. En segundo lugar, como se explicó con respecto a las prescripciones en materia de certificación en la sección III.H.3.e, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son imparciales porque reflejan el hecho de que las partes en el APICD consintieron en imponer a sus propias ramas de producción de atún un régimen de seguimiento y verificación sin precedentes. Al "incorporar" las prescripciones del APICD, la medida modificada reconoce apropiadamente la utilidad del régimen del APICD a efectos de la medida modificada. En cambio, el análisis efectuado por el Grupo Especial parece indicar que, habiendo hecho esto, los Estados Unidos están ahora obligados a imponer el *mismo* régimen a todos los productos de atún, aun cuando ninguna otra organización regional administradora de pesquerías haya establecido un régimen paralelo. En resumen, las prescripciones del APICD constituyen el "límite mínimo" de las prescripciones por debajo de las cuales no pueden situarse los Estados Unidos. Pero esto indudablemente no es cierto: los Estados Unidos -y las obligaciones jurídicas internacionales de México- establecen el nivel de protección que estos consideran "apropiado".

29. A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que ningún efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas, y los Estados Unidos solicitan

¹⁸ Véase *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafos 7.372, 7.382 y 8.2.c.

¹⁹ *Estados Unidos - EPO* (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá/México) (Órgano de Apelación), párrafo 5.92; y *Estados Unidos - EPO* (Órgano de Apelación), párrafo 271.

²⁰ *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 8.2.c.

respetuosamente al Órgano de Apelación que revoque esa constatación y la constatación conexas de existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo 2.²¹

30. Y por todas las razones arriba mencionadas, los Estados Unidos solicitan respetuosamente al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que la medida modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²²

2 EL GATT DE 1994

31. En las secciones IV y V de esta comunicación, los Estados Unidos explican que, por todas las razones examinadas en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en las secciones III.G.3 y III.H.3, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. Por consiguiente, los Estados Unidos solicitan respetuosamente al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación de la medida modificada son incompatibles con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²³

32. En la sección VI, los Estados Unidos explican su apelación condicional contra la constatación del Grupo Especial de que la medida modificada sobre el etiquetado *dolphin safe* no está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

33. En la sección VI.B, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida modificada no cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX. Los Estados Unidos consideran que, con respecto tanto a las prescripciones en materia de certificación como a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial incurrió en error en dos aspectos independientes: al constatar que esos elementos de la medida modificada son discriminatorios en el sentido de la parte introductoria y al constatar que cualquier discriminación de ese tipo es "arbitrari[a] e injustificable". Si el Órgano de Apelación se pronunciará a favor de los Estados Unidos en una de esas apelaciones, debería, por consiguiente, revocar la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación o de seguimiento y verificación, en cuanto son pertinentes, no son compatibles con la parte introductoria del artículo XX.²⁴

34. En la sección VI.B.1, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar un análisis jurídico incorrecto cuando examinó si las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación "son discriminatorias" a efectos de la parte introductoria. Está bien establecido que "la discriminación en el sentido de la cláusula introductoria del artículo XX 'tiene lugar cuando países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente'".²⁵ No obstante, el análisis efectuado por el Grupo Especial se apartó considerablemente de ese principio y de la aplicación del mismo por el Órgano de Apelación. Concretamente, tanto en relación con las prescripciones en materia de certificación como con las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, el Grupo Especial no realizó el análisis apropiado de si las "condiciones" pertinentes son las mismas en los países y no pareció considerar que el examen de si la discriminación de conformidad con la parte introductoria *existía* era un análisis separado del relativo a si esa discriminación es "arbitrari[a] o injustificable".

35. En la sección VI.B.1.a se explica que el Grupo Especial aplicó un análisis jurídico incorrecto cuando examinó si las prescripciones en materia de certificación son discriminatorias a efectos de la parte introductoria. El Órgano de Apelación ha considerado que la guía más adecuada para determinar las "condiciones" pertinentes es el "objetivo de política concreto previsto en el apartado aplicable", aunque la disposición del GATT de 1994 con la que la medida fue declarada

²¹ Véase *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafos 7.392, 7.400 y 8.2.c.

²² *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafo 8.2.b-c.

²³ Véase *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafos 8.3.b y 8.3.c.

²⁴ *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafos 8.5.b-c.

²⁵ *CE - Productos derivados de las focas (Órgano de Apelación)*, párrafo 5.303 (donde se cita el asunto *Estados Unidos - Camarones (Órgano de Apelación)*, párrafo 165).

incompatible "también puede [...] proporcionar una orientación útil".²⁶ Las prescripciones en materia de certificación estaban justificadas al amparo del apartado g) del artículo XX por ser relativas a la protección de los delfines. A la luz de este objetivo, la "condición" pertinente a los efectos del análisis en el marco de la parte introductoria es *el daño relativo* (tanto observado como no observado) que sufren los delfines como resultado de distintos métodos de pesca en distintas pesquerías. Y las constataciones del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial y del Grupo Especial en la presente diferencia afirman que esa "condición" *no* es la misma en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y en todas las demás pesquerías. Por ello, no existe "discriminación" -tal como se interpreta el término a efectos de la parte introductoria- con respecto a las prescripciones en materia de certificación.

36. Además, el Grupo Especial incurrió en error al parecer constatar que las prescripciones en materia de certificación son discriminatorias en el sentido de la parte introductoria debido a cualquier diferencia en la exactitud de las certificaciones *dolphin safe* en el caso del atún capturado dentro y fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. El Grupo Especial no efectuó una "constatación definitiva" en cuanto a si cualquier diferencia en la exactitud discrimina contra los productos de atún mexicanos a efectos del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III, señalando en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 que hacerlo habría exigido "un análisis complejo y detallado de todos los diversos factores que pueden hacer que el atún sea etiquetado erróneamente".²⁷ Por ello, incluso según la opinión del propio Grupo Especial, las pruebas que constaban en el expediente eran insuficientes para demostrar que las prescripciones en materia de certificación son discriminatorias debido a que los productos de atún obtenidos fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO sin que haya un observador a bordo tienen una "ventaja competitiva" sobre los productos de atún mexicanos. Ciertamente, como se dijo más arriba, en la sección III.G.3.c, las pruebas que obran en el expediente parecen indicar precisamente lo contrario. La naturaleza cuantitativa y cualitativamente diferente de las interacciones de los delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es tal que es mucho más difícil efectuar una certificación exacta en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que en otras pesquerías. Y en el expediente no hay pruebas que indiquen que cualquier ventaja de formación e instrucción que pueda tener un observador aprobado por el APICD sobre un capitán compense plenamente ese nivel de dificultad mayor.

37. En la sección VI.B.1.b se explica a continuación que el Grupo Especial aplicó un análisis jurídico incorrecto al examinar si las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son discriminatorias a efectos de la parte introductoria. El Grupo Especial no mencionó siquiera el análisis de si ese aspecto de la medida discriminaba entre países en los que "prevalecen las mismas condiciones" ni efectuó una constatación a ese respecto. Por las mismas razones examinadas en relación con las prescripciones en materia de certificación, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación no son discriminatorias a efectos de la parte introductoria. De nuevo, los Estados Unidos consideran que la "condición" pertinente es *el daño relativo* causado a los delfines por distintos métodos de pesca en distintas pesquerías, y, por ello, a la luz de las constataciones fácticas del propio Grupo Especial, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación no tratan de manera diferente a los países en los que las condiciones que prevalecen son las mismas.

38. A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial incurrió en error al constatar (implícitamente) que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son discriminatorias "cuando prevalecen las mismas condiciones" de conformidad con la parte introductoria del artículo XX.²⁸ Al no existir ninguna discriminación con arreglo a la parte introductoria, las constataciones del Grupo Especial de que la medida modificada no es compatible con la parte introductoria del artículo XX deberían revocarse.²⁹

²⁶ CE - *Productos derivados de las focas (Órgano de Apelación)*, párrafo 5.300; véase también *ibid.*, párrafo 5.317.

²⁷ Véase *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafo 7.169.

²⁸ Véase *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafos 7.605, 7.610 y 7.611.

²⁹ *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafos 8.5.b-c.

39. En segundo lugar, en la sección VI.B.2, los Estados Unidos explican que, incluso si las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son discriminatorias a efectos de la parte introductoria, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que cualquier discriminación de ese tipo es "arbitrari[a] e injustificable".

40. En la sección VI.B.2.a, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación imponen una "discriminación arbitrari[a] o injustificable" de conformidad con la parte introductoria. Los Estados Unidos apelan contra dos aspectos del análisis del Grupo Especial. Como esos dos aspectos parecen ser bases independientes de la constatación del Grupo Especial sobre la discriminación arbitraria e injustificable, si el Órgano de Apelación se pronunciara a favor de los Estados Unidos en ambas apelaciones, debería revocar la constatación del Grupo Especial y, por consiguiente, la constatación formulada en último término por el Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación no cumplen los requisitos de la parte introductoria.³⁰

41. En primer lugar, la mayoría incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación imponen una discriminación arbitraria o injustificable a la luz de las diferencias de formación e instrucción entre los capitanes y los observadores aprobados por el APICD. Para comenzar, el Grupo Especial aplicó un análisis jurídico erróneo en cuanto a si la discriminación es "arbitrari[a] o injustificable". Además, la mayoría incurrió en error porque, de hecho, las prescripciones en materia de certificación no imponen una discriminación arbitraria o injustificable dado que "se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas pesquerías". Por último, las prescripciones en materia de certificación reflejan el hecho de que las partes en el APICD consintieron en imponer a sus ramas de producción de atún un programa de observadores sin precedentes.

42. En segundo lugar, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones demuestran que las prescripciones en materia de certificación imponen una discriminación arbitraria o injustificable. Una vez más, el Grupo Especial aplicó un análisis jurídico erróneo, considerando que se trataba de una prueba basada en un único factor en lugar de una prueba acumulativa en la que un elemento es la relación de la discriminación con el objetivo de la medida. Además, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el diseño de las disposiciones no puede conciliarse con el objetivo de protección de los delfines. El Grupo Especial incurrió también en error porque planteó indebidamente ese argumento como refutación de la presunción *prima facie* establecida por los Estados Unidos de que las prescripciones en materia de certificación eran compatibles con la parte introductoria. México no había aducido que las disposiciones relativas a las determinaciones hicieran que las prescripciones en materia de certificación fueran incompatibles con la parte introductoria. Por lo tanto, el mero hecho de que el Grupo Especial examinara las disposiciones relativas a las determinaciones fue contrario a la carga de la prueba en el presente procedimiento. Asimismo, por las razones debatidas en el contexto del párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones no está conectado racionalmente con el objetivo de protección de los delfines.

43. En la sección VI.B.2.b, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación imponen una "discriminación arbitrari[a] o injustificable" de conformidad con la parte introductoria. Los Estados Unidos consideran que el análisis y la constatación del Grupo Especial son erróneos por muchas de las mismas razones a que se han referido en relación con las prescripciones en materia de certificación: 1) el Grupo Especial aplicó un análisis jurídico incorrecto; 2) el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación de la carga de la prueba; 2) el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación imponen una discriminación arbitraria o injustificable porque las prescripciones diferentes "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas pesquerías, y 4) el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación imponen una discriminación arbitraria o injustificable porque las prescripciones diferentes reflejan el hecho de que las partes en el APICD consintieron en imponer a sus propias ramas de producción de atún un régimen sin precedentes.

³⁰ Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 8.5.b.

44. A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación imponen una "discriminación arbitrari[a] o injustificable" de conformidad con la parte introductoria del artículo XX³¹, y los Estados Unidos solicitan respetuosamente que se revoquen las constataciones del Grupo Especial de que la medida modificada no es compatible con la parte introductoria del artículo XX.³²

³¹ Véase *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafos 7.605, 7.610 y 7.611.

³² *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial)*, párrafos 8.5.b-c.

ANEXO B-2**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR MÉXICO
EN CALIDAD DE OTRO APELANTE**

1. Los Estados Unidos siguen poniendo de relieve información obsoleta sobre el PTO para desviar la atención de los importantes progresos realizados en la reducción de la mortalidad de delfines en el PTO y del enorme daño que sufren esos animales en otras regiones del océano, en las que no existen medidas comparables para la protección o la sostenibilidad de los delfines. Esto es una auténtica tragedia para el medio ambiente mundial y socava asimismo los objetivos de información de los consumidores que los Estados Unidos pretenden alcanzar.

2. En este procedimiento sobre el cumplimiento, la impugnación de México se centra en la concesión indebida del acceso a la etiqueta *dolphin safe* a productos que contienen atún capturado por las flotas de otros países que utilizan métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines efectuados de manera conforme con el APICD y pescan en océanos distintos del PTO. Este procedimiento puede distinguirse del procedimiento inicial sobre esa base. Queda de relieve esa distinción por el hecho de que, de conformidad con la medida sobre el atún modificada, incluso si se concediera a los productos de atún mexicanos el derecho a utilizar la etiqueta *dolphin safe*, seguiría habiendo una infracción de las disposiciones relativas a la no discriminación invocadas en esta diferencia. Ello se debe a que los productos de atún mexicanos *dolphin safe* perderían oportunidades de competencia frente a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países en circunstancias en que la condición *dolphin safe* de esos productos similares no puede asegurarse.

3. La medida en litigio en esta diferencia es la "medida sobre el atún modificada", que abarca: i) el artículo 1385 ("Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines") (DPCIA), que figura en el subcapítulo II ("Conservación y protección de los mamíferos marinos") del capítulo 31 ("Protección de los mamíferos marinos") del Título 16 del *United States Code*; ii) la parte 216, apartado H ("Etiquetado *dolphin safe* del Atún") del Título 50 del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos, modificada por la norma definitiva de 2013; y iii) la decisión judicial en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007).

4. En su argumento de que el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en el atún y los productos de atún mexicanos no derivó exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, México identificó tres aspectos de la medida sobre el atún modificada -a saber, tres "condiciones y prescripciones en materia de etiquetado" que demostraban la existencia de diferencias reglamentarias entre los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por una parte, y respecto de los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por la otra - diseñados y aplicados de manera carente de imparcialidad:

- el método de pesca conforme con el APICD que utiliza México se excluye como método para la captura de atún *dolphin safe* mientras que otros métodos de pesca se admiten para la captura de atún *dolphin safe* aun cuando tienen efectos desfavorables en los delfines iguales o superiores a los del método de México (lo que el Grupo Especial denomina los "criterios de admisibilidad");
- las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación (lo que el Grupo Especial denomina "prescripciones en materia de seguimiento y verificación") aplicables al atún capturado dentro del PTO son amplias, fiables y exactas, mientras que no existen prescripciones comparables para el atún capturado fuera del PTO, lo cual hace que la información sobre la condición *dolphin safe* de ese atún no sea fiable ni exacta; y
- en el PTO, la designación inicial de la condición *dolphin safe* del atún en el momento de la captura (lo que el Grupo Especial denomina "prescripciones en materia de certificación") es fiable y exacta porque es realizada por un observador aprobado por el APICD independiente y especialmente formado que se encuentra a bordo del buque

de pesca mientras que, fuera del PTO, la designación inicial no es fiable ni exacta porque la realiza el capitán del buque, que no reúne las condiciones para efectuarla, puede no participar directamente en el lance de las redes y la captura de los peces y tiene incentivos financieros y de otro tipo para no declarar los lances que no son *dolphin safe*.

5. México planteó las mismas tres condiciones y prescripciones en materia de etiquetado en su argumento de que no se habían cumplido los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, por lo que las excepciones generales no se aplicaban a las incompatibilidades de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

6. El Grupo Especial concluyó que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes de la medida sobre el atún modificada son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Concluyó también que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes son incompatibles con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y no cumplen los requisitos del artículo XX del GATT de 1994. El Grupo Especial constató asimismo que los criterios de admisibilidad de la medida sobre el atún modificada son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y que, aunque son incompatibles con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, pueden justificarse al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

7. México solicita al Órgano de Apelación que revoque determinadas constataciones y conclusiones del Grupo Especial con respecto a los errores de derecho e interpretación jurídica examinados en esta comunicación.

I. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR AL CONSTATAR Y CONCLUIR QUE ERAN INCOMPATIBLES CON DISPOSICIONES DE LA OMC PRESCRIPCIONES CONCRETAS DE LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA EN LUGAR DE LA MEDIDA EN SU TOTALIDAD

8. Pese a que México impugnó la medida sobre el atún modificada en su totalidad y a que el Órgano de Apelación, en el procedimiento inicial, constató que la medida sobre el atún inicial en su totalidad era incompatible con la OMC, el Grupo Especial no concluyó específicamente que la medida sobre el atún modificada en su totalidad sea 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. En lugar de ello, concluyó que dos de los tres elementos identificados por México en sus argumentos eran incompatibles con la OMC al tiempo que afirmaba que el otro elemento ya había sido supuestamente considerado imparcial y no incompatible con la OMC en el procedimiento inicial por el Órgano de Apelación.¹ Aunque México está de acuerdo con una parte del razonamiento y las constataciones que figuran en el informe del Grupo Especial, este debía haber concluido expresamente que la medida sobre el atún modificada en su totalidad es incompatible con esas disposiciones en lugar de pronunciarse sobre algunos de sus elementos. El error del Grupo Especial se reflejó, en parte, en su constatación de que la modificación de las oportunidades de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos por la medida sobre el atún modificada comprende dos "tipo[s] distinto[s] de efecto perjudicial", de tal manera que "los argumentos de México sobre las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes constituyen una alegación clara y reconocible de un efecto perjudicial *distinto del* efecto perjudicial identificado por México como resultado de los criterios de admisibilidad".² En su análisis, el Grupo Especial confunde el "efecto perjudicial" de la medida sobre el atún modificada, que es el centro de la primera parte de la prueba establecida en el párrafo 1 del artículo 2, con la identificación de la distinción reglamentaria "pertinente" en la segunda parte de la prueba, es decir, la distinción reglamentaria que origina el efecto perjudicial.³ El Grupo Especial debía haber constatado expresamente que la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos

¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafos 8.2 y 8.3.

² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.105.

³ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286.

de atún mexicanos en el mercado estadounidense y que las diferencias en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado identificadas por México demuestran que la distinción reglamentaria pertinente de la medida está diseñada y se aplica de manera que carece de imparcialidad, por lo que el efecto perjudicial no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Sobre esa base, el Grupo Especial debía haber concluido que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

9. Análogamente, el Grupo Especial debía haber constatado que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y que las incompatibilidades no son justificables al amparo del artículo XX. El hecho de que el Grupo Especial no lo hiciera constituye un error jurídico. Como resultado de ese error, México solicita al Órgano de Apelación que modifique las conclusiones del Grupo Especial con respecto al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I, el párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994 y concluya que la medida sobre el atún modificada es incompatible con esas disposiciones.

II. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR EN SUS CONSTATAACIONES SOBRE LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD CUANDO EVALUÓ LA COMPATIBILIDAD DE LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

10. México adujo que no era imparcial que la medida sobre el atún modificada excluyera totalmente el método de pesca consistente en lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, mientras admitía que otros métodos de pesca accedieran a ella cuando se había demostrado que otros métodos de pesca matan y hieren gravemente a delfines. En el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los criterios de admisibilidad de los métodos de pesca son pertinentes para evaluar si el efecto perjudicial causado al atún mexicano por la medida sobre el atún modificada deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Los criterios de admisibilidad están incluidos en la distinción reglamentaria pertinente (es decir, la diferencia en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado). El Grupo Especial debía determinar, sobre la base de las circunstancias particulares de esta diferencia, si esa distinción reglamentaria está diseñada y se aplica de manera imparcial.

11. El Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Órgano de Apelación había formulado anteriormente constataciones fácticas y jurídicas sobre esta cuestión.⁴ Además, aplicó de hecho el punto de referencia arbitrario para los efectos desfavorables en los delfines que instaban a aplicar los Estados Unidos en lugar del punto de referencia de "tolerancia cero" realmente incorporado en la medida sobre el atún modificada y sus objetivos. El Grupo Especial incurrió asimismo en error al constatar que los criterios de admisibilidad se aplicaban de manera imparcial. En lugar de ello, debía haber constatado que los criterios de admisibilidad carecían de imparcialidad y, por lo tanto, en virtud de esos criterios, el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Estas deficiencias constituyeron errores jurídicos.

12. El Grupo Especial actuó también en forma incompatible con el artículo 11 del ESD en relación con las constataciones fácticas siguientes: i) modificar las constataciones fácticas sobre los efectos desfavorables no observados de los lances sobre delfines que había formulado en el procedimiento inicial sin ninguna nueva prueba que respaldara esa modificación; ii) constatar que otros métodos de pesca no tienen efectos desfavorables no observados y no tener en cuenta las pruebas en contra obrantes en el expediente; iii) constatar que el Órgano de Apelación había constatado que los lances sobre delfines son particularmente más dañinos para esos animales que otros métodos de pesca cuando el Órgano de Apelación no había formulado esa constatación. Esas constataciones fácticas, una vez corregidas, respaldan la posición de México de que los criterios de admisibilidad se aplican de manera no imparcial.

13. Como resultado de ese error, México solicita que el Órgano de Apelación modifique el razonamiento jurídico del Grupo Especial, revoque la constatación de este de que los criterios de admisibilidad se aplican de manera imparcial y constata, en cambio, que en virtud de la falta de imparcialidad de los criterios de admisibilidad, el efecto perjudicial de la medida sobre el atún

⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafos 7.118-7.126 y 7.130.

modificada no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y, por esa razón adicional, la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.

III. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR EN SUS CONSTATAIONES SOBRE LOS OBSERVADORES INDEPENDIENTES EN EL MARCO DE LAS PRESCRIPCIONES EN MATERIA DE CERTIFICACIÓN AL EVALUAR LA COMPATIBILIDAD DE LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

14. Al evaluar los argumentos de México de que no era imparcial que la medida sobre el atún modificada no exigiera los observadores independientes para apoyar las certificaciones *dolphin safe* fuera del PTO, el Grupo Especial discrepó de los argumentos de México de que i) con respecto a las certificaciones *dolphin safe* concretamente, los capitanes pueden en algunos casos tener un conflicto de intereses económico, lo cual hará menos fiables sus certificaciones y ii) la justificación para las prescripciones diferentes que ofrecen los Estados Unidos consistente en que las circunstancias en el PTO son únicas queda de hecho desmentida por las pruebas de que el atún se asocia con los delfines en otras regiones oceánicas, en particular en el Océano Índico.

15. Al rechazar las pruebas de México sobre los intereses económicos de los capitanes, el Grupo Especial constató que las certificaciones de los capitanes de los buques son en general fiables "en diversas esferas relativas a la pesca y el medio ambiente".⁵ Al hacerlo, el Grupo Especial actuó en forma incompatible con el artículo 11 del ESD. Aunque México no da a entender que los capitanes de los buques de pesca sean en general no fiables, las pruebas que obran en el expediente demuestran que la falta de fiabilidad intrínseca de las autocertificaciones de los capitanes, concretamente con respecto a la condición "*dolphin safe*" del atún capturado por sus propios buques, significa que, en algunos casos, la designación *dolphin safe* será inexacta. Esto crea lagunas en la exactitud de la etiqueta *dolphin safe* en el caso del atún capturado fuera del PTO por métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines conformes con el APICD.

16. Al constatar que solo se efectúan lances sobre delfines en el PTO, el Grupo Especial actuó en forma incompatible con el artículo 11 del ESD. México presentó pruebas de que la situación en el PTO no es única ni distinta de manera que pueda justificar el trato de la pesquería de buques de cerco del PTO diferente del de otras pesquerías y, en particular, presentó un informe amplio y reciente sobre la asociación del atún y los delfines en el Océano Índico. El Grupo Especial rechazó la posición de México, declarando que "aunque puede ocurrir ocasional e incidentalmente que se efectúen lances sobre delfines fuera del PTO, solo dentro del PTO se practican esos lances uniforme o 'sistemáticamente'".⁶ El hecho de que el Grupo Especial no mencionara siquiera, y aún menos tratara, las pruebas presentadas por México de que los delfines se asocian con el atún y de que se efectúan lances sobre ellos deliberadamente en el Océano Índico fue incompatible con las obligaciones que imponía al Grupo Especial el artículo 11 del ESD.

17. Como resultado de este error, México solicita que el Órgano de Apelación modifique el razonamiento del Grupo Especial y constate, por las razones adicionales de que se efectúan lances sobre delfines fuera del PTO y de que las autocertificaciones de los capitanes crean lagunas en la designación *dolphin safe*, que las prescripciones en materia de certificación no se aplican de manera imparcial, y, por lo tanto, el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.

IV. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR EN SUS CONSTATAIONES SOBRE LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD AL EVALUAR LA COMPATIBILIDAD DE LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA EN EL MARCO DE LA PARTE INTRODUCTORIA DEL ARTÍCULO XX

18. El Grupo Especial constató que los criterios de admisibilidad de los métodos de pesca de la medida sobre el atún modificada (es decir, la exclusión de los lances sobre delfines y la admisión de otros métodos) se aplican de manera que cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX. Cuando efectuó esa constatación, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las condiciones existentes en los países entre los que había una discriminación arbitraria e

⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.208.

⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.242.

injustificable no eran las mismas e incurrió en error al constatar que la aplicación de la medida no tenía como resultado una discriminación arbitraria o injustificable. En particular, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los criterios de admisibilidad están directamente relacionados con el objetivo de la medida modificada y que cualquier discriminación que causen (los criterios de admisibilidad) está directamente conectada con el principal objetivo de la medida sobre el atún modificada (es decir, contribuir a la protección de los delfines).

19. Como resultado de este error, México solicita que el Órgano de Apelación modifique el razonamiento del Grupo Especial y constata, por la razón adicional de que los requisitos de admisibilidad demuestran que la medida sobre el atún modificada se aplica de manera que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones, que la medida sobre el atún modificada no cumple los requisitos de la parte introductoria.

ANEXO B-3**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELADO PRESENTADA POR MÉXICO**

1. La apelación de los Estados Unidos se fundamenta en su insistencia en que la medida sobre el atún modificada está "adaptada" en función de los riesgos de daño para los delfines fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del Pacífico Tropical Oriental (PTO). Pero se ha establecido -tanto en el procedimiento inicial como en el procedimiento sobre el cumplimiento- que los delfines corren un riesgo importante en las pesquerías de atún que están fuera del PTO, a causa de diversos métodos de pesca. Además, los Estados Unidos no cuestionan las constataciones fácticas del Grupo Especial de que fuera del PTO los capitanes de buques no están suficientemente formados para hacer certificaciones *dolphin safe* fiables, y de que la medida sobre el atún modificada no requiere sistemas de seguimiento y verificación fuera del PTO que puedan asegurar de manera fiable que una certificación corresponde legítimamente al atún con que está asociada. En lo esencial, por tanto, la posición de los Estados Unidos es que los consumidores no necesitan saber con ninguna certeza si los productos de atún no procedentes del PTO que llevan la etiqueta *dolphin safe* contienen realmente atún capturado sin dar muerte ni herir gravemente a delfines, o de una forma que no tiene efectos perjudiciales en los delfines. No hay ninguna justificación legítima jurídica o de política para esa posición. Los Estados Unidos deben aplicar el mismo criterio a los productos de atún no procedentes del PTO que el que aplican a los procedentes del PTO, incluidos los procedentes de México.

2. El método de pesca de atún de México, que se ajusta al APICD, protege a los delfines, las poblaciones de las pesquerías de atún y el medio ambiente oceánico de una manera muy superior a como lo hacen los métodos alternativos de pesca de atún que promueve la medida sobre el atún modificada. No obstante, México reconoce el derecho de los Miembros de la OMC a establecer sus propios niveles de protección. En este sentido, las constataciones del Grupo Especial y las alegaciones planteadas en la otra apelación de México imponen a los Estados Unidos el mismo criterio que han fijado para sí mismos. Debido a sus lagunas, deficiencias, falta de imparcialidad, y arbitrariedad, la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos de forma incompatible con las normas de la OMC. La medida no asegura que se proporcione información exacta a los consumidores estadounidenses y, en consecuencia, no satisface el estricto criterio que los Estados Unidos han fijado para sí mismos ni logra los objetivos declarados de la medida.

I. LA MEDIDA EN SU TOTALIDAD

3. El Grupo Especial debería haber concluido explícitamente que la medida sobre el atún modificada en su totalidad es incompatible con las disposiciones de la OMC de que se trata en lugar de formular constataciones y conclusiones separadas con respecto a las prescripciones específicas de la medida. Los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación guardan relación con elementos de las pruebas jurídicas necesarias para establecer la incompatibilidad de la medida sobre el atún modificada en su totalidad con las normas de la OMC. Específicamente, guardan relación con la segunda parte de la prueba jurídica establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con la prueba jurídica establecida en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. México no impugnó esas prescripciones de manera independiente, como tres medidas separadas, y no tenía que establecer una presunción *prima facie* respecto de cada una de ellas. Este error del Grupo Especial se reproduce en los argumentos de los Estados Unidos.

II. LOS ARGUMENTOS ERRÓNEOS QUE CONSTITUYEN EL FUNDAMENTO DE LA APELACIÓN**A. Modificación de las condiciones de competencia y efecto perjudicial**

4. En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación constató, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2, que la medida sobre el atún modificaba las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. El Órgano de Apelación afirmó que el efecto perjudicial de la medida en los productos de atún mexicanos es consecuencia de que

la mayoría de esos productos contiene atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, y en consecuencia no reúne las condiciones para llevar una etiqueta *dolphin safe*, mientras que la mayoría de los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países que se venden en el mercado estadounidense contiene atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO y en consecuencia reúne las condiciones para llevar una etiqueta *dolphin safe*. El aspecto de la medida que causa el efecto perjudicial es la diferencia en las condiciones para etiquetar productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro. La propia medida causa este efecto perjudicial, que por consiguiente guarda una relación auténtica con la medida.

5. Esto no ha variado en la medida sobre el atún modificada y, por lo tanto, la medida sigue negando oportunidades de competencia a los productos de atún mexicanos. En el marco de la primera parte de la prueba jurídica prevista en el párrafo 1 del artículo 2, esta conclusión es suficiente, en las circunstancias de esta diferencia, para establecer que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

6. Las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado que impone la medida modificada actúan conjuntamente para modificar las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos importados. El efecto perjudicial no solo incluye la negación de la etiqueta *dolphin safe* a los productos de atún mexicanos, sino también -al mismo tiempo- la concesión de la etiqueta a productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros países que pueden contener atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines y que, por lo tanto, no es *dolphin safe*. Al igual que en el asunto *CE - Productos derivados de las focas*, es la actuación combinada de los aspectos prohibitivos y permisivos de la medida la que da lugar a la discriminación *de facto* en cuestión. Al centrarse en el hecho de que la etiqueta se niega a los productos de atún mexicanos, los Estados Unidos pasan por alto los importantes aspectos permisivos de la medida sobre el atún modificada que, además de contribuir al efecto perjudicial, dan como resultado la transmisión a los consumidores estadounidenses de información errónea en el etiquetado debido a sus deficiencias y lagunas.

B. "Adaptación" en función de los riesgos para los delfines

7. Los Estados Unidos aducen que las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación están "adaptadas" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas pesquerías y que, por esa razón, son imparciales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 y no imponen una discriminación arbitraria o injustificable a los productos mexicanos en el sentido de la parte introductoria del artículo XX del GATT. Esos argumentos son erróneos.

8. La jurisprudencia elaborada por el Órgano de Apelación al interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994 no incluye una "prueba de adaptación" que pueda prevalecer sobre las pruebas de imparcialidad y discriminación arbitraria. Además, no basta con afirmar sencillamente, como hacen los Estados Unidos, que una distinción refleja el nivel de protección elegido por un Miembro para establecer la imparcialidad o la ausencia de arbitrariedad.

9. El atún es "*dolphin safe*" o no lo es. No cabe considerar que la admisibilidad para la etiqueta *dolphin safe* es una evaluación relativa. El argumento de los Estados Unidos implica que la etiqueta significa "probablemente *dolphin safe*" o "podría ser *dolphin safe*", en lugar de "*dolphin safe*". En el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de la medida se incorpora un punto de referencia "de tolerancia cero". Los objetivos de la medida no están en modo alguno matizados de forma que permitan cierto nivel de mortalidad o heridas graves "aceptable" o algún "margen de error"; antes bien, los objetivos están formulados en términos absolutos en la meta de evitar que se induzca a error a los consumidores acerca de si el atún que compran ha sido capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines. Se exige una precisión completa tanto en el proceso de certificación del atún como en su seguimiento y verificación. En estas circunstancias, una supuesta comparación de la magnitud o la naturaleza del daño causado a los delfines por los distintos métodos de pesca no es pertinente.

10. Incluso si se permitiera de algún modo la "adaptación", habida cuenta de los efectos perjudiciales en los delfines que tienen prácticamente todos los métodos de pesca en todas las pesquerías, las supuestas diferencias entre el PTO y otras pesquerías de atún citadas por los Estados Unidos no podrían justificar una diferencia en las prescripciones reglamentarias que permite a capitanes sin formación hacer certificaciones y no permite seguir con precisión al atún en sentido inverso hasta el vivero de un buque en que fue almacenado tras su captura.

C. Ausencia de una conexión racional con el objetivo

11. El Grupo Especial interpretó y aplicó correctamente las normas. Aunque la conexión racional es "uno de los factores más importantes" para evaluar si existe una discriminación arbitraria o injustificable de conformidad con el artículo XX y, en consecuencia si hay imparcialidad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2, podría haber factores adicionales que también fueran pertinentes para esa evaluación global, en función de la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias del caso de que se trate. Contrariamente al argumento del "factor único" esgrimido por los Estados Unidos, el Grupo Especial ofreció a los Estados Unidos la oportunidad de explicar por qué otros factores demuestran que la medida es imparcial y no arbitraria, pero los Estados Unidos no pudieron hacerlo.

D. La medida sobre el atún modificada, no el APICD

12. Los Estados Unidos señalan incorrectamente que las prescripciones en materia de seguimiento, verificación y observadores impuestas con respecto a los productos de atún mexicanos son exclusivamente el resultado del APICD, y existirían sin la medida sobre el atún modificada. Por el contrario, la medida sobre el atún modificada incorpora expresamente las prescripciones del APICD y otras prescripciones con la finalidad de condicionar el acceso a la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos en el mercado estadounidense. Además, la medida establece prescripciones que se aplican al atún capturado en pesquerías que no están comprendidas en el ámbito de aplicación del APICD. Los Estados Unidos también hacen referencia, de forma repetida e incorrecta, a las diferencias en las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación entre los regímenes "del APICD y de la NOAA". La comparación pertinente debe hacerse entre las formas diferentes en que la medida sobre el atún modificada condiciona el acceso a la etiqueta *dolphin safe* en el marco de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado diferentes para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro.

E. No es necesario demostrar que el etiquetado es incorrecto

13. El Órgano de Apelación dejó claro en *CE - Productos derivados de las focas* que, a los efectos de establecer la falta de imparcialidad con arreglo a la segunda parte de la prueba jurídica del párrafo 1 del artículo 2 y la discriminación arbitraria con arreglo a la parte introductoria del artículo XX, México solo está obligado a establecer una presunción *prima facie* de que, en las circunstancias relacionadas con el diseño y la aplicación de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificada, los productos de atún que contienen atún no *dolphin safe* capturado fuera del PTO podrían entrar en el mercado de los Estados Unidos etiquetados de manera errónea como *dolphin safe*. La carga luego se desplaza a los Estados Unidos para que den suficientes explicaciones sobre cómo pueden prevenirse tales casos en la aplicación de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificada. México satisfizo su carga. Esa carga se desplazó a los Estados Unidos, que no pudieron refutar la presunción *prima facie* establecida por México.

III. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 - PRESCRIPCIONES EN MATERIA DE CERTIFICACIÓN

A. Efecto perjudicial

14. Como se ha explicado antes, no era necesario que el Grupo Especial formulara una constatación independiente con respecto a las prescripciones en materia de certificación porque la medida sobre el atún modificada en su totalidad tiene un efecto perjudicial en las importaciones mexicanas. Así pues, aunque los argumentos de los Estados Unidos fueran correctos, no influyen

en la primera parte de la prueba jurídica prevista en el párrafo 1 del artículo 2. En el contexto del análisis de la denegación de oportunidades de competencia, no es necesario demostrar la existencia de efectos reales en el comercio. Si el Órgano de Apelación constata que las diferencias en los costos y las cargas son pertinentes para la determinación, bastará con que el Grupo Especial haya constatado que está claro que la diferencia entre que haya observadores a bordo de los grandes buques de cerco en el PTO y que no haya observadores a bordo de otros buques impone una carga más ligera a los productos de atún hechos con atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO, puesto que la cobertura por observadores implica el gasto de recursos importantes. El análisis detallado de los costos y las cargas presentado por los Estados Unidos no es necesario en las circunstancias de esta diferencia. Por último, hay una relación auténtica entre la medida, que contiene todas las prescripciones prohibitivas y permisivas, y el efecto perjudicial.

B. La cuestión de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima

1. Falta de imparcialidad

15. El Grupo Especial actuó correctamente al considerar que las prescripciones en materia de certificación diferentes están diseñadas de manera que "puede[n] tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada" (porque "los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance u otro empleo de artes"), y al constatar, sobre esa base, que "las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales", de modo que no se puede decir que el efecto perjudicial se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.¹ El Grupo Especial dio a los Estados Unidos la oportunidad de justificar la distinción reglamentaria, y los Estados Unidos no pudieron hacerlo. Por lo tanto, no hay otros factores pertinentes que puedan pesar más que la constatación del Grupo Especial. Como se ha explicado *supra*, los argumentos de los Estados Unidos relativos a la "adaptación" y a que "se trata del APICD más que de la medida" carecen de fundamento.

2. Las constataciones del Grupo Especial sobre las disposiciones relativas a las determinaciones respaldan también la argumentación de México

16. México coincide con los Estados Unidos en que no adujo que el resultado directo de las propias disposiciones relativas a las determinaciones fuera un efecto perjudicial. No era necesario que México lo hiciera. Al determinar si las distinciones reglamentarias de la medida son imparciales, el Grupo Especial debía evaluar el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de la medida, y las disposiciones relativas a las determinaciones forman parte integrante de la medida sobre el atún modificada. Obraban en el expediente pruebas considerables que apoyaban las constataciones del Grupo Especial. Además, estaba plenamente justificado que el Grupo Especial aplicara a la pesca de atún fuera del PTO las mismas deducciones lógicas que los Estados Unidos aplican a la pesca de atún dentro del PTO. Era razonable y apropiado que el Grupo Especial concluyera que la asociación de delfines con métodos de pesca distintos de las redes de cerco podía ser dañina para esos animales, y que la pesca con redes de cerco podía causar mortalidad en los delfines incluso si en una región oceánica no se da una asociación entre el atún y los delfines similar a la que se da en el PTO. El diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones se contradice completamente con el objetivo de la medida sobre el atún modificada, y el Grupo Especial actuó correctamente al constatar por unanimidad que la distinción reglamentaria es arbitraria.

¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 5 del artículo 21 - México), párrafo 7.233.

IV. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 - PRESCRIPCIONES EN MATERIA DE SEGUIMIENTO Y VERIFICACIÓN

A. Efecto perjudicial

17. Las cuestiones antes expuestas en relación con el efecto perjudicial asociado con las prescripciones en materia de certificación se aplican igualmente al efecto perjudicial asociado con las prescripciones en materia de seguimiento y verificación.

B. El Grupo Especial constató correctamente que el efecto perjudicial no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima

18. Contrariamente a lo que argumentan los Estados Unidos, el Grupo Especial consideró correctamente que México había acreditado *prima facie* que no existe una conexión racional entre las cargas diferentes que crean las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y los objetivos de la medida sobre el atún modificada. El Grupo Especial resolvió correctamente que México podía acreditar *prima facie* que los productos de atún que contienen atún no *dolphin safe* capturado fuera del PTO podrían entrar en el mercado de los Estados Unidos etiquetados de manera errónea como *dolphin safe*, sobre la base de pruebas y argumentos concernientes al diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida sobre el atún modificada. En su evaluación de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes, el Grupo Especial formuló varias constataciones fácticas que demuestran la existencia de "importantes lagunas en la cobertura" que podrían contribuir al etiquetado erróneo del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Esas constataciones fácticas, junto con las constataciones generales del Grupo Especial, bastan para apoyar el análisis de la distinción reglamentaria legítima que hizo el Grupo Especial y su conclusión en el segundo paso de la prueba jurídica establecida en el párrafo 1 del artículo 2. Sin embargo, en el caso de que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial incurrió en error al abstenerse de hacer una constatación definitiva sobre la cuestión de si las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado diferentes pueden permitir que se conceda, de manera errónea e injustificable, al atún no *dolphin safe* capturado en pesquerías fuera del PTO, la ventaja competitiva de la etiqueta *dolphin safe* en el mercado de los Estados Unidos, México solicita respetuosamente al Órgano de Apelación que complete el análisis utilizando la norma de la prueba aplicable, según constató correctamente el Grupo Especial, y las constataciones fácticas del Grupo Especial.

19. Contrariamente a lo que argumentan los Estados Unidos, el Grupo Especial no cometió error alguno al resolver el análisis de la distinción reglamentaria legítima sobre la base de la conexión racional. En la presente diferencia no hay otros factores pertinentes que puedan pesar más que la constatación del Grupo Especial de que la distinción reglamentaria pertinente está diseñada y se aplica de manera que permite un etiquetado erróneo, porque el resultado del etiquetado incorrecto es el suministro de información errónea y que puede inducir a error a los consumidores que deciden comprar y consumir productos de atún que creen elaborados de manera inocua para los delfines, algo que contradice directamente los objetivos de la medida sobre el atún modificada.

20. Por las mismas razones antes expuestas con respecto a las prescripciones en materia de certificación, el Grupo Especial no cometió error alguno, como alegan los Estados Unidos, al constatar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes demuestran que el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún modificada no puede explicarse ni justificarse sobre la base de la "adaptación" en función de los perfiles de riesgo diferentes de las distintas pesquerías. Además, el atún es *dolphin safe* o no lo es en el punto de captura. Una vez capturado y almacenado el atún a bordo de un buque de pesca, el perfil de riesgo de daño para los delfines deja de ser una consideración pertinente con respecto a ese atún. Las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes solo se aplican a este atún ya capturado, cuyo almacenamiento, transporte y transformación no suponen ningún riesgo de daño para los delfines. Por lo tanto, no existe en absoluto vínculo o relación entre el seguimiento y la verificación de la condición *dolphin safe* del atún capturado y los perfiles de riesgo de daño a los delfines supuestamente diferentes derivados de los distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.

21. Por último, las alegaciones de México se refieren al trato reglamentario diferenciado que da la medida sobre el atún modificada en el marco de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado diferentes que condicionan el acceso a la ventaja competitiva de la etiqueta "*dolphin safe*" en el mercado de los Estados Unidos. El Grupo Especial explicó expresamente que son el diseño y la estructura de la medida sobre el atún modificada, y no el APICD, los que establecen la distinción reglamentaria pertinente en dos conjuntos de normas que condicionan el acceso a la etiqueta *dolphin safe* con arreglo a un marco reglamentario único. El APICD no es pertinente para la determinación de la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2.

V. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO I Y PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

22. La medida sobre el atún modificada condiciona la concesión de una ventaja -es decir, la etiqueta "*dolphin safe*"- de manera que modifica las condiciones de competencia entre los productos de atún similares importados en el mercado de los Estados Unidos en detrimento de los productos de atún mexicanos, y en consecuencia infringe el párrafo 1 del artículo I. Además, la medida tiene un efecto perjudicial en las condiciones de competencia en el mercado de los Estados Unidos en detrimento de los productos de atún mexicanos frente a los productos de atún estadounidenses, y en consecuencia infringe el párrafo 4 del artículo III. Los argumentos de los Estados Unidos según los cuales el Grupo Especial incurrió en error al constatar que se habían infringido esas disposiciones carecen de fundamento.

VI. PARTE INTRODUCTORIA DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

23. El Grupo Especial enunció correctamente los tres elementos de la prueba jurídica prevista en la parte introductoria del artículo XX y concluyó correctamente que, en las circunstancias de esta diferencia, era apropiado que se basara en el razonamiento y las constataciones que había elaborado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 en el curso de su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX.

A. La medida sobre el atún modificada discrimina entre países en que prevalecen las mismas condiciones

24. En contra de los argumentos de los Estados Unidos, del razonamiento del Grupo Especial en el marco del artículo XX, leído conjuntamente con su razonamiento en el marco del párrafo 1 del artículo 2, se desprende claramente que el Grupo Especial analizó si existe discriminación y constató que sí existe. Como en el asunto *CE - Productos derivados de las focas*, las causas de la discriminación cuya existencia se constató de conformidad con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III son las mismas que las examinadas en el marco de la parte introductoria. Además, el Grupo Especial constató correctamente que la discriminación tiene lugar entre países en que prevalecen las mismas condiciones. Existen las mismas condiciones en México, los Estados Unidos y otros países porque se puede dar muerte o herir gravemente a delfines mediante todos los métodos de pesca en todos los océanos y, por consiguiente, es necesario que la certificación y el seguimiento y la verificación sean exactos con independencia de la pesquería determinada en que se capture el atún.

B. La medida sobre el atún modificada se aplica en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable

25. En contra de lo que argumentan los Estados Unidos, basta con que el Grupo Especial haya examinado detalladamente la relación entre la parte introductoria del artículo XX y el párrafo 1 del artículo 2, y haya explicado por qué era apropiado, en las circunstancias de esta diferencia, que se basara en el razonamiento que había elaborado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 en el curso de su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX.

26. El Grupo Especial no incurrió en error, como alegan los Estados Unidos, al aplicar simplemente una prueba del "factor único" para determinar la existencia de discriminación arbitraria o injustificable de conformidad con la parte introductoria. México admite que, en principio, el análisis de la parte introductoria no es necesariamente una prueba del factor único. Sin embargo, en la presente diferencia, no hay otros factores pertinentes que puedan pesar más que la constatación del Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se aplican en

forma que es arbitraria o injustificadamente discriminatoria porque permiten que se transmita a los consumidores información errónea con respecto a la condición *dolphin safe* del atún que contienen los productos que deciden comprar, en contra del objetivo de política de conservación de los delfines mediante la elección informada de los consumidores. El Grupo Especial tampoco incurrió en error al constatar que las disposiciones relativas a las determinaciones son arbitrarias.

27. Por las mismas razones antes expuestas, el Grupo Especial tampoco incurrió en error al rechazar el argumento de los Estados Unidos de que las diferencias en las prescripciones "se adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano, ni al rechazar el argumento de que las diferencias reflejan el hecho de que las partes en el APICD llegaron a un acuerdo sobre prescripciones únicas.

ANEXO B-4**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELADO
PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS**

1. Como se expone a continuación, las apelaciones jurídicas y fácticas de México de las constataciones del Grupo Especial son infundadas. Por consiguiente, los Estados Unidos solicitan respetuosamente al Órgano de Apelación que rechace en su totalidad las apelaciones de México.

2. En la sección II de esta comunicación se aborda una caracterización fáctica incorrecta concreta que México hace en las secciones iniciales de su comunicación en calidad de otro apelante. En concreto, se demuestra que, en el momento de la firma del APICD, las partes *sabían* que los Estados Unidos habían supeditado cualquier cambio en la etiqueta *dolphin safe* estándar al cumplimiento de una condición determinada, a saber, que los lances sobre delfines en el PTO no tuvieran efectos perjudiciales importantes en poblaciones de delfines sujetas a agotamiento. Como constató el Grupo Especial inicial, esa condición no se cumplía. Por lo tanto, México se equivoca al afirmar que las partes en el APICD acordaron imponer las prescripciones únicas a sus ramas de producción de atún a cambio de que los Estados Unidos permitieran a los productos de atún obtenidos mediante lances sobre delfines el acceso a su etiqueta *dolphin safe*.

3. En las secciones III, IV y V se expone la respuesta de los Estados Unidos a apelaciones específicas de México.

1. LOS TRES ASPECTOS DE LA MEDIDA MODIFICADA IMPUGNADOS

4. En la sección III de esta comunicación los Estados Unidos explican que la alegación de México de que el Grupo Especial incurrió en error al formular constataciones separadas con respecto a los aspectos específicos de la medida modificada impugnada por México y debería haber constatado que la medida impugnada, *en su totalidad*, era incompatible con los acuerdos abarcados, es errónea. En las subsecciones A y B se resumen la apelación de México y el análisis pertinente realizado por el Grupo Especial.

5. En la sección III.C los Estados Unidos explican las varias razones por las que la apelación de México es errónea. En primer lugar, México no aduce ningún fundamento para su aseveración de que las constataciones del Grupo Especial sobre el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación constituyeron un *error jurídico*, puesto que no presenta ninguna razón por la que no fuera razonable que el Grupo Especial examinase las alegaciones de discriminación formuladas por México interpretando los argumentos de México como México lo hacía. En segundo lugar, la premisa fáctica del argumento de México -que México no aducía que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación causan un efecto perjudicial "distinto" del causado por los criterios de admisibilidad- es errónea. En tercer lugar, no queda claro por qué la apelación de México, de ser aceptada, habría de tener algún efecto sustantivo en este procedimiento.

2. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

6. En la sección IV de esta comunicación los Estados Unidos explican que las otras apelaciones presentadas por México respecto del análisis y las constataciones del Grupo Especial relativos al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC deben ser rechazadas. En la sección IV.A los Estados Unidos explican que las apelaciones de México relativas a los criterios de admisibilidad no deben prosperar. En la sección IV.B los Estados Unidos explican que las apelaciones de México relativas a las prescripciones en materia de certificación tampoco deben prosperar.

a. Los criterios de admisibilidad

7. En la sección IV.A los Estados Unidos explican que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que los criterios de admisibilidad son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del

Acuerdo OTC. México formula varias apelaciones jurídicas y fácticas en relación con la constatación del Grupo Especial. Cada una de ellas es infundada.

8. Como se explica en la sección IV.A.1, la apelación de México con respecto a la constatación del Grupo Especial de que el Órgano de Apelación había "solucionado definitivamente" la cuestión de si los criterios de admisibilidad son imparciales no debe prosperar. México se equivoca al aducir que el análisis de la imparcialidad realizado por el Órgano de Apelación se limitó a la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines y no abarcó la admisibilidad del atún capturado con otros métodos de pesca. Por el contrario, la cuestión de si los Estados Unidos podían denegar el acceso a la etiqueta a los productos de atún producidos a partir de lances sobre delfines, permitiendo al mismo tiempo que otros productos de atún tuvieran la posibilidad de acceder a ella, *había sido sometida inequívocamente* al Órgano de Apelación. Y el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que el Órgano de Apelación había "solucionado definitivamente" la cuestión. México también se equivoca al minimizar la importancia de una de las declaraciones del Órgano de Apelación en las que se apoyó el Grupo Especial, ya que esa declaración se hizo en respuesta a un argumento de los Estados Unidos y ofrecía orientación con respecto a la manera en que los Estados Unidos podrían ponerse en conformidad con los acuerdos abarcados.

9. Como se explica en la sección IV.A.2, la apelación de México con respecto al análisis jurídico que hizo el Grupo Especial de la cuestión de si los criterios de admisibilidad son imparciales no debe prosperar.

10. En primer lugar, la apelación de México se basa en un criterio jurídico incorrecto. El Órgano de Apelación ha explicado que, para analizar si un "efecto perjudicial se deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas", un grupo especial debe examinar si las distinciones a las que es atribuible el efecto perjudicial "están diseñadas y se aplican de manera imparcial y pueden, por lo tanto, considerarse 'legítimas' a efectos del párrafo 1 del artículo 2".¹ En lo que concierne a esta diferencia, el Órgano de Apelación ha dejado claro que esa respuesta dependerá de si la distinción reglamentaria "es imparcial en cuanto a la forma en que aborda los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".² México se equivoca al aducir que la cuestión de si los criterios de admisibilidad se adaptan a las diferencias entre los riesgos de las distintas pesquerías carece de pertinencia.

11. En segundo lugar, los "puntos de referencia" propuestos por México a efectos de un análisis de la imparcialidad son erróneos. Con arreglo al punto de referencia de "tolerancia cero" de México, el párrafo 1 del artículo 2 prohibiría a los Estados Unidos establecer *cualquier* distinción entre los métodos de pesca, y el enfoque de México prohibiría a los Estados Unidos etiquetar productos de atún con la etiqueta *dolphin safe* incluso cuando no se hubiera causado daño a ningún delfín al producir ese atún. Esa posición es *incompatible* con el análisis imparcial del Órgano de Apelación, y México incurre en error al abogar por ese enfoque. La formulación alternativa del "punto de referencia de tolerancia cero" de México (centrada en la cuestión de si un determinado método de pesca causa efectos perjudiciales "sistemáticos") no se presentó en ningún momento ante el Grupo Especial. En consecuencia, el Grupo Especial no hizo ninguna evaluación de esa cuestión, y las declaraciones a las que México se remite no pueden ser entendidas en este nuevo contexto. El otro punto de referencia propuesto por México (una comparación de los niveles de eliminación biológica potencial específicos de cada pesquería) es impracticable y no es compatible con los objetivos de la medida modificada.

12. En tercer lugar, los criterios de admisibilidad son imparciales con arreglo a la prueba jurídica correcta. Los lances sobre delfines son el *único* método de pesca del mundo *que deliberadamente tiene como objetivo los delfines*. En consecuencia, es *intrínsecamente* peligroso para los delfines y pone a cientos de delfines en peligro de sufrir tanto daños directos como no observables, en todos y cada uno de los lances. No puede decirse lo mismo de otros métodos de pesca en los que "la naturaleza y el grado de la interacción son distintos en términos cuantitativos y cualitativos".³ Numerosas constataciones fácticas del Grupo Especial, así como hechos no controvertidos que

¹ Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá/México) (Órgano de Apelación), párrafo 5.92; véase también Estados Unidos - Atún II (México) (Órgano de Apelación), nota 461; y Estados Unidos - EPO (Órgano de Apelación), párrafo 271.

² Estados Unidos - Atún II (México) (Órgano de Apelación), párrafo 232.

³ Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México) (Grupo Especial), párrafo 7.240 (opinión mayoritaria).

constan en el expediente, respaldan la conclusión de que los criterios de admisibilidad son imparciales. Las constataciones fácticas del Grupo Especial establecen que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un perfil de riesgo para los delfines distinto, y superior, al de otras pesquerías, tanto en lo que respecta a los daños directos como a los no observables. Además, numerosos hechos no controvertidos obrantes en el expediente respaldan esa conclusión. En concreto, los Estados Unidos han presentado datos sobre cada una de las pesquerías, generados por organizaciones regionales administradoras de pesquerías, gobiernos nacionales, y científicos, que demuestran la clara diferencia entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y las demás pesquerías. México no ha refutado ni impugnado la exactitud de esos datos.

13. Como se explica en la sección IV.A.3, las alegaciones formuladas por México al amparo del artículo 11 también son infundadas.

14. En primer lugar, el Grupo Especial no cambió indebidamente su constatación del procedimiento inicial relativa a los daños no observados de los lances sobre delfines. Como cuestión inicial, México no explica por qué el supuesto error del Grupo Especial a este respecto es "tan importante" que menoscaba la objetividad de la evaluación hecha por el Grupo Especial de la alegación de México, por lo que la alegación de México no cumple el criterio que debe satisfacer una apelación al amparo del artículo 11 debidamente planteada.⁴ Además, la caracterización que hizo el Grupo Especial en el sentido de que el Grupo Especial inicial había formulado constataciones definitivas con respecto a los "diversos efectos perjudiciales" que "los lances sobre delfines pueden causar", "más allá de la mortalidad observada" era exacta, como confirmó el análisis del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. Asimismo, la indicación de México de que introdujo nuevos elementos de prueba en relación con pruebas documentales en que se había apoyado el Grupo Especial inicial es incorrecta.

15. En segundo lugar, el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que los demás métodos de pesca no tienen efectos no observables similares a los asociados a los lances sobre delfines en el PTO. Contrariamente a la afirmación de México de que el Grupo Especial hizo caso omiso de determinadas pruebas, el Grupo Especial llevó a cabo un análisis detallado de las pruebas obrantes en el expediente, incluido un examen de los párrafos de las comunicaciones de México de los que México afirma que el Grupo Especial hizo caso omiso. Además, la constatación del Grupo Especial estaba ampliamente respaldada por pruebas obrantes en el expediente y reflejaba que esas pruebas se habían sopesado y confrontado como corresponde hacer a un grupo especial en ejercicio de sus facultades discrecionales.⁵ Al formular esta apelación, México no tiene en cuenta el hecho de que el Grupo Especial tenía razón en que México no había presentado ninguna prueba de que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causaran daños no observables que se produjeran con independencia de la mortalidad directa y observable y cuya existencia "no pu[diera] ser objeto de justificación porque no deja[ra]n ninguna prueba observable".⁶

16. En tercer lugar, el Grupo Especial no incurrió en error en su caracterización de la constatación del Órgano de Apelación relativa a los lances sobre delfines. En primer lugar, en el procedimiento inicial se resolvió claramente que los lances sobre delfines, incluidos los realizados en el marco del régimen del APICD, causan "diversos efectos perjudiciales" "más allá de la mortalidad observada", ya que el Órgano de Apelación incorporó la constatación del Grupo Especial inicial a este respecto.⁷ En segundo lugar, del informe del Órgano de Apelación se desprende de manera evidente que la constatación de que los lances sobre delfines son "especialmente dañinos para los delfines" no se limitaba a los lances sobre delfines distintos de los realizados en el marco del régimen del APICD. En cambio, lo que hace que los lances sobre delfines sean "especialmente dañinos" son, entre otras cosas, los "diversos efectos no observados" que se producen como resultado de la propia caza y que, por lo tanto, no se abordan en las prescripciones del APICD, así como la "mortalidad y heridas de delfines considerables" que siguen produciéndose en el marco del régimen del APICD.

⁴ Véase *China - Tierras raras (Órgano de Apelación)*, párrafo 5.179; y *CE - Elementos de fijación (Órgano de Apelación)*, párrafo 499.

⁵ Véase *Corea - Productos lácteos (Órgano de Apelación)*, párrafo 137.

⁶ *Estados Unidos - Atún II (México)* (párrafo 5 del artículo 21 - México) (*Grupo Especial*), párrafos 7.132, 7.134.

⁷ Véase *Estados Unidos - Atún II (México)* (*Órgano de Apelación*), párrafo 251; véase también *ibid.*, párrafo 287.

b. Las prescripciones en materia de certificación

17. En la sección IV.B los Estados Unidos explican que las apelaciones de México relativas a las prescripciones de la medida modificada en materia de certificación deben ser rechazadas.

18. Como se explica en la sección IV.B.1, la apelación de México con respecto a la constatación del Grupo Especial relativa a la fiabilidad de las declaraciones de los capitanes no debe prosperar. La explicación que hace México de esta apelación es indebidamente vaga, ya que México no especifica si está haciendo una apelación jurídica o una apelación al amparo del artículo 11, pese a que, con arreglo a las orientaciones dadas por el Órgano de Apelación, las partes deben hacerlo.⁸ No obstante, sea cual sea la interpretación que se haga del argumento de México, el análisis y la constatación del Grupo Especial no fueron erróneos.

19. En primer lugar, la constatación del Grupo Especial con respecto a la fiabilidad de las certificaciones de los capitanes no fue incompatible con el artículo 11. México se equivoca al aducir que el Grupo Especial no comprendió ni abordó su argumento de que "circunstancias específicas" asociadas a las certificaciones *dolphin safe* hacen que las certificaciones de los capitanes sean intrínsecamente no fiables, ni prueba alguna relacionada con ese argumento. Por el contrario, el Grupo Especial simplemente no estuvo de acuerdo en que México hubiera probado su argumentación. México también se equivoca al aducir que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que México no había establecido que las declaraciones de los capitanes no fueran fiables. De hecho, la constatación del Grupo Especial estaba respaldada por una cantidad significativa de pruebas obrantes en el expediente, lo que México no tiene en cuenta al formular esta apelación. Además, México ni siquiera alega que el trato dado por el Grupo Especial a las pruebas menoscabara su objetividad, como debía haber hecho para que se cumpliera el criterio que una alegación al amparo del artículo 11 debe satisfacer para prosperar.⁹

20. En segundo lugar, el Grupo Especial no incurrió en error de derecho en su constatación relativa a la fiabilidad de las certificaciones de los capitanes. México no ha identificado ninguna constatación jurídica cuya revocación solicite, ni ha identificado ningún error de derecho que supuestamente el Grupo Especial haya cometido. Sin embargo, en la medida en que México alegue que el Grupo Especial incurrió en un error de derecho, su apelación no es válida. En particular, cualquier constatación jurídica que México apele está ampliamente respaldada por las pruebas obrantes en el expediente, y no puede decirse que la constatación del Grupo Especial no tenga *ningún* fundamento en el expediente. La objeción de México consiste, más bien, en que el Grupo Especial no otorgó a las pruebas el peso que México hubiera preferido, y en que no hiciera las constataciones fácticas y jurídicas que México había solicitado. Sin embargo, ese no es fundamento suficiente ni para una apelación jurídica ni para una apelación al amparo del artículo 11.

21. Como se explica en la sección VI.B.2, la apelación de México con respecto a la constatación del Grupo Especial relativa a la distribución geográfica de los lances sobre delfines debe ser rechazada. En primer lugar, el Grupo Especial *sí* analizó las pruebas y argumentos de México relativos a la existencia de lances sobre delfines fuera del PTO. El Grupo Especial estaba facultado, sin embargo, para elegir "qué pruebas ... utilizar[] en sus conclusiones", y el hecho de que en un determinado punto no se apoyara en una de las pruebas documentales de México no demuestra una omisión en el marco del artículo 11.¹⁰ En segundo lugar, la constatación del Grupo Especial tenía indudablemente un "fundamento adecuado" en las pruebas obrantes en el expediente, ya que en el expediente no había *absolutamente* ninguna prueba de que se *cace* a delfines para capturar atún en ninguna otra pesquería, distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, ni mucho menos aún de que se haga de forma habitual. En tercer lugar, la prueba documental de la que México afirma que no fue abordada por el Grupo Especial no socava de ningún modo la constatación de este.

⁸ Véase *China - Tierras raras* (Órgano de Apelación), párrafo 5.173.

⁹ Véase *China - Tierras raras* (Órgano de Apelación), párrafo 5.179; y *CE - Elementos de fijación* (Órgano de Apelación), párrafo 499.

¹⁰ *China - Tierras raras* (Órgano de Apelación), párrafo 5.178.

3. ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

22. En la sección V los Estados Unidos explican que las apelaciones de México relativas al artículo XX del GATT de 1994 deben ser rechazadas. En las subsecciones A y B se resumen el análisis pertinente del Grupo Especial y la apelación de México. En la subsección V.C los Estados Unidos explican que la apelación de México es errónea.

23. En la sección V.C.1 los Estados Unidos abordan el argumento de México relativo a la cuestión de si la aplicación de la medida da lugar a discriminación. México no parece alegar que el Grupo Especial incurriera en error en esta sección, y no explicita por qué esta sección es pertinente para sus apelaciones al amparo de la parte introductoria. Sin embargo, México sí parece estar afirmando que la "discriminación" cuya existencia se constató a efectos de las obligaciones positivas del GATT de 1994 tiene que ser la misma a efectos de la parte introductoria. No obstante, como ha señalado el Órgano de Apelación¹¹, no necesariamente tiene que ser así. Lo que debe examinarse para determinar si existe discriminación es, más bien, "si las 'condiciones' que prevalecen en los países entre los que supuestamente la medida discrimina son 'las mismas'".¹² México también parece aducir que el Grupo Especial debería haber constatado que el mismo conjunto de "condiciones" es pertinente para el análisis de los tres aspectos de la medida modificada impugnados por México.

24. En la sección V.C.2 los Estados Unidos explican que el argumento de México de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las "condiciones" pertinentes son las "mismas" es erróneo. Como se expone en otro lugar, los objetivos de la medida -que, según constató el Grupo Especial, tenían un nexo estrecho con el objetivo de política del apartado g)- guardan relación con todos los efectos perjudiciales para los delfines causados por prácticas de pesca comerciales dentro y fuera del PTO. En consecuencia, las "condiciones" pertinentes guardan relación con todos los efectos perjudiciales sufridos por los delfines, incluidos la mortalidad y las heridas graves y los daños no observables que padecen los delfines al ser cazados. Y el *daño* causado a los delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y en otras pesquerías es *diferente* por lo que respecta a la mortalidad y las heridas graves y a los daños no observables causados a los delfines. Dado que las "condiciones" pertinentes no son las "mismas", no existe discriminación a efectos de la parte introductoria, por lo que los criterios de admisibilidad están justificados de conformidad con el artículo XX.

25. En la sección V.C.3 los Estados Unidos explican que el argumento de México relativo a la cuestión de si la medida modificada impone una discriminación arbitraria o injustificable es erróneo. México se equivoca al afirmar que es arbitrario o injustificable distinguir entre los lances sobre delfines y otros métodos. De hecho, esa distinción puede conciliarse con el objetivo de política de proteger a los delfines y guarda una relación racional con este. Los lances sobre delfines son el *único* método de pesca que deliberadamente tiene como objetivo los delfines. En consecuencia, todo lance sobre delfines debe entrañar una interacción continua con un banco de delfines y debe comportar un riesgo significativo de que se causen daños observados y no observados a esos animales. Ese peligro *inherente* simplemente no está presente en otros métodos de pesca. Las constataciones fácticas del Grupo Especial, así como datos de las organizaciones regionales de administración de pesquerías y de los gobiernos nacionales, y estudios científicos, confirman esa diferencia. Y México se equivoca al afirmar que el apartado g) del artículo XX *prohíbe* a los Miembros aplicar medidas que se "adaptan" a riesgos diferentes. De hecho, lo cierto es, sin duda, *lo contrario*.¹³

26. Por las razones expuestas, los Estados Unidos solicitan respetuosamente al Órgano de Apelación que rechace en su totalidad las apelaciones del informe del Grupo Especial presentadas por México.

¹¹ Véase, por ejemplo, CE - Productos derivados de las focas (Órgano de Apelación), párrafo 5.298.

¹² CE - Productos derivados de las focas (Órgano de Apelación), párrafo 5.317.

¹³ Véase Estados Unidos - Camarones (Órgano de Apelación), párrafo 165; y Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia) (Órgano de Apelación), párrafos 140-143.

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero participante	C-2
Anexo C-2	Resumen de la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante	C-3
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante	C-6
Anexo C-4	Resumen de la comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante	C-7

ANEXO C-1**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL CANADÁ
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE****I INTRODUCCIÓN**

1. El Canadá aborda las siguientes cuestiones: el alcance del examen en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD; la asignación de la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y la interpretación de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

II ALCANCE DEL EXAMEN EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

2. El Canadá entiende que un examen en el marco del párrafo 5 del artículo 21 permite a un grupo especial sobre el cumplimiento considerar aspectos que no han variado de la medida modificada porque esta medida modificada, examinada en su conjunto, puede alterar la importancia jurídica de los aspectos que no han variado en el contexto de dicha medida modificada.

3. A juicio del Canadá, no está claro si el Órgano de Apelación constató o no que los criterios de admisibilidad son compatibles con el párrafo 1 del Artículo 2. El Órgano de Apelación debería aclarar esta cuestión.

III ASIGNACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2

4. Los Estados Unidos afirman que el reclamante debe demostrar que la medida en litigio satisface los dos elementos de la prueba del "trato menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2. El Canadá no está de acuerdo.

5. Debería recaer en el *demandado* la carga de demostrar que se ha satisfecho el elemento de distinción reglamentaria legítima una vez que el reclamante ha demostrado que la medida ha causado ese efecto. Esta asignación refleja el equilibrio establecido en el GATT de 1994. Además, teniendo en cuenta la naturaleza paralela de la prueba de la distinción reglamentaria legítima en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y de la parte introductoria del artículo XX, es razonable y lógico concluir que dicha prueba funciona también como excepción y defensa.

IV PARTE INTRODUCTORIA DEL ARTÍCULO XX

6. El Canadá coincide con los Estados Unidos en que el Grupo Especial sobre el cumplimiento incurrió en error al agrupar en uno los análisis separados de las cuestiones de si existe discriminación y de si esta es arbitraria o injustificable, y al considerar el elemento de discriminación arbitraria e injustificable antes de determinar si existía discriminación entre países en que prevalecen las mismas condiciones.

7. El Grupo Especial sobre el cumplimiento tampoco realizó un análisis adecuado de la cuestión de si las condiciones pertinentes eran las mismas entre *países*. Con respecto a las prescripciones de admisibilidad, en lugar de examinar los distintos métodos de pesca, debería haber analizado si esas condiciones se daban en los países.

8. El Canadá no está de acuerdo con la caracterización que hacen los Estados Unidos de la prueba de la discriminación arbitraria o injustificable. Los hechos concretos de la diferencia determinan el alcance de la prueba para establecer si existe una discriminación arbitraria e injustificable. La prueba de la conexión racional es particularmente importante y, en función de las circunstancias, puede ser la única prueba necesaria.

ANEXO C-2**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE****I. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC****A. Alegaciones de los Estados Unidos****1. Certificación**

1. La cuestión de si existe o no un efecto perjudicial se evalúa examinando aquello que la medida causa. La medida es el conjunto de las *distinciones reglamentarias* pertinentes. Las prescripciones en materia de certificación aumentadas no cambian este aspecto de la evaluación y por lo tanto no afectan a la cuestión del efecto perjudicial.

2. Los Miembros deben asegurarse de que sus MSF se adaptan a las características de la zona de origen del producto. En este asunto se plantea la cuestión de la adaptación de una forma particular, teniendo en cuenta el argumento que esgrime México. Ese argumento es similar, desde el punto de vista conceptual, a la norma prevista en el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF, que exige respuestas normativas comparables a riesgos comparables. Nos referimos a esos argumentos solo porque reconocer el concepto de discriminación *de facto* abre un debate que incluye todos los hechos. Así pues, los Estados Unidos señalan que lo que sostiene México conllevaría la imposición por los Estados Unidos de las normas del APICD a todos sus interlocutores comerciales, que sin duda aducirían que es innecesario.

3. La flota atunera mexicana se decanta por la opción privada de continuar con los lances sobre delfines. El concepto de discriminación *de facto* exige que se considere esa cuestión. Además, teniendo presente que los acuerdos abarcados alientan la armonización internacional pero no la exigen, y que no existe una prueba de la proporcionalidad pura (el nivel adecuado de protección y el grado de restricción del comercio no se compensan), porque los jueces no están obligados a adoptar decisiones políticas ni cualificados para ello, consideramos que existe un margen normativo. En todos los asuntos recientes relativos al Acuerdo OTC hemos dicho que la autonomía normativa es un pilar de la OMC en la misma medida que el trato NMF y el trato nacional. El margen normativo no puede ser objeto del escrutinio ilimitado de los tribunales. Más allá del umbral del margen normativo, los Miembros reguladores tienen derecho a elegir: es decir, existe cierto margen de apreciación. La parte introductoria del artículo XX no lo excluye: excluye la *discriminación* arbitraria.

4. En un análisis de costos y beneficios no se identifica necesariamente la única medida que cabe razonablemente adoptar. Se somete a prueba la racionalidad de una medida evaluando si sus beneficios serían superiores a sus costos. Ello significa que puede haber más de una medida que supere un análisis de costos y beneficios, algo compatible con el concepto de margen normativo, dentro del cual los Miembros tienen cierto margen de apreciación. No consideramos que, para ser compatible con las normas de la OMC, una medida deba estar basada en un análisis de costos y beneficios que tenga en cuenta los costos de la medida para los interlocutores comerciales, pero sí que esto sería un firme indicio de que la medida está comprendida en el concepto de margen normativo. Cabría esperar que un análisis de costos y beneficios tuviera en cuenta la pérdida de bienestar que resultaría para los consumidores del aumento de los precios de importación. Reconocemos que hay que ser cauto al examinar estas cuestiones desde la perspectiva de los costos y los beneficios, en el sentido de que pueden plantearse problemas si los beneficios van a parar a la rama de producción nacional pero los costos recaen en el producto importado. Sin embargo, no entendemos este asunto en esos términos.

5. Observamos que otra forma de ver el tipo de cuestiones que se plantea en este asunto es desde la perspectiva de la competencia en materia normativa. Los distintos Miembros tienen reglamentaciones distintas. Unas imponen más cargas que otras. Esto puede afectar al comercio, y los Miembros pueden no estar de acuerdo en la necesidad de la carga normativa impuesta por otro

Miembro. Sin embargo, llamamos la atención una vez más sobre el hecho de que la argumentación de México no tiene por objeto la eliminación de los costos adicionales resultantes de la medida de los Estados Unidos. Más bien, la reclamación de México consiste en que se deberían imponer los mismos costos a todos los demás. En este tipo de situación, nos preguntamos si no es pertinente, a los efectos de evaluar tales argumentos, la cuestión de si el *propio* Miembro reclamante impone o no esos costos a todos los demás.

2. Seguimiento y verificación

6. La UE se remite a las observaciones que ya ha formulado con respecto a las prescripciones en materia de certificación. Nuestra capacidad de formular observaciones más precisas se ve considerablemente disminuida por el hecho de que en la versión del informe del Grupo Especial que se ha distribuido a los Miembros se ha eliminado abundante información supuestamente confidencial en numerosas ocasiones. Además, situamos esta cuestión en el contexto más amplio de los derechos de tercero en las actuaciones de los grupos especiales. Solicitamos concretamente al Órgano de Apelación que aborde esta cuestión en su informe.

7. En cuanto al fondo del asunto, observamos que el Grupo Especial considera que de las explicaciones ofrecidas por los Estados Unidos no se desprende "conexión racional" alguna entre el objetivo de la medida y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación. Al mismo tiempo, el Grupo Especial afirma que no quiere decir que no pueda haber una razón para esas diferencias. Consideramos que un análisis razonable de costos y beneficios podría apoyar la tesis de que una medida es imparcial, en particular si ese análisis tiene en cuenta, de manera imparcial, los costos para los intereses comerciales extranjeros y nacionales, así como los costos resultantes del aumento del precio del atún *dolphin safe* para los consumidores estadounidenses.

B. Alegaciones de México

1. La medida en su totalidad

8. La medida y el conjunto de distinciones reglamentarias objeto de reclamación (considerados en el contexto de la medida en su totalidad) son, desde el punto de vista conceptual, lo mismo. En este caso, México ha reclamado respecto de tres distinciones reglamentarias: admisibilidad; certificación; y seguimiento y verificación. Coincidimos con México en que un grupo especial debe determinar si la medida (es decir, el conjunto de distinciones reglamentarias objeto de reclamación, y no una de ellas considerada aisladamente) causa o no un efecto perjudicial. También coincidimos con México en que, en este asunto concreto, los tres factores en que se basaba la constatación inicial de existencia de un efecto perjudicial no han variado. Coincidimos además con México en que, si un grupo especial formula una constatación de existencia de un efecto perjudicial, debe proceder a considerar si la medida es o no imparcial. A este respecto, estamos de acuerdo en que un grupo especial está facultado para examinar las distinciones reglamentarias de una en una o colectivamente.

9. Sin embargo, consideramos que, si un grupo especial constata que una de las distinciones reglamentarias (en este caso, la admisibilidad) no demuestra que haya falta de imparcialidad, esa distinción reglamentaria deja de plantear problemas desde el punto de vista de las normas de la OMC, y no debe constar en las constataciones y conclusiones del grupo especial. Por consiguiente, entendemos que, si el Grupo Especial actuó correctamente al constatar que los criterios de admisibilidad no demuestran que haya falta de imparcialidad (cuestión que abordamos a continuación), entonces es correcto que esos criterios no deben formar parte de la resolución desfavorable definitiva. Otra forma de decir lo mismo es que la medida declarada incompatible con las normas de la OMC está compuesta por las distinciones reglamentarias segunda (certificación) y tercera (seguimiento y verificación). Tomamos nota de que México ha tratado de incorporar los criterios de admisibilidad al concepto de la medida, *aun cuando* en último término se ha constatado que la distinción reglamentaria relativa a la admisibilidad es imparcial. No coincidimos con esa tesis.

2. Admisibilidad

10. Consideramos que nada impide a los Miembros, desde un punto de vista jurisdiccional, presentar alegaciones y argumentos concretos en procedimientos sobre el cumplimiento, en función de lo que haya sucedido en el procedimiento inicial. Al mismo tiempo, consideramos que cabe esperar de quienes deciden en los procedimientos sobre el cumplimiento que tengan en cuenta las constataciones formuladas en el procedimiento inicial. No estamos de acuerdo con la afirmación de México de que "no se pueden comparar las meras cifras de delfines muertos [o heridos] en las distintas pesquerías". Creemos que una medida se puede y se debe adaptar o adecuar a las características de la zona de origen del producto. Tampoco coincidimos con la afirmación de México de que la carga de *generar* pruebas concluyentes a este respecto recae en la autoridad reguladora. Encontramos apoyo contextual para estos argumentos en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF y en el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

3. Certificación

11. Nuestra experiencia nos dice que las certificaciones de los capitanes son un pilar de todo el sistema. Se han *denunciado* algunas infracciones, pero parecen ser la excepción más que la regla. En ese sentido, la evaluación realizada por el Grupo Especial nos parece razonable. Al igual que el Grupo Especial, tenemos dudas sobre las "importantes consecuencias" que se derivarían de invadir el margen normativo de los Miembros al dar por supuesto que las certificaciones de los capitanes son intrínsecamente no fiables.

ANEXO C-3**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL JAPÓN
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE****I. La prueba jurídica en el marco del segundo paso del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

1. En lugar de seguir la prueba establecida por el Órgano de Apelación, la mayoría del Grupo Especial centró su examen en la cuestión de si el efecto perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con la política que se trata de aplicar mediante la medida.¹ El Japón considera que la cuestión de si las distinciones reglamentarias que causan efectos perjudiciales se adaptan a los riesgos que abordan es esencial para determinar la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2. El Japón insta al Órgano de Apelación a identificar qué riesgos aborda cada una de las distinciones reglamentarias de la medida modificada, y a examinar si cada distinción reglamentaria se "adapta" a esos riesgos.

II. Los criterios de "flexibilidad suficiente" en el marco del segundo paso del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la parte introductoria del artículo XX del GATT

2. Como sucedía en la diferencia *Estados Unidos - Camarones*, la medida en litigio conlleva un proceso o método de producción. Por consiguiente, el Japón considera que, en este caso, el análisis de la "discriminación arbitrari[a] o injustificad[a]" en el marco de la parte introductoria del artículo XX y el segundo paso del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC podría haber seguido el enfoque adoptado en relación con la "discriminación arbitrari[a] e injustificable" en el marco de la parte introductoria del artículo XX en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, donde el Órgano de Apelación convino en que "la supeditación del acceso al mercado a la adopción de un programa *comparable en eficacia* permite un grado de flexibilidad suficiente en la aplicación de la medida para evitar una 'discriminación arbitraria o injustificable'".²

III. Interpretación de la frase "en que prevalezcan las mismas condiciones" de la parte introductoria del artículo XX del GATT

3. Por lo que respecta a los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial y los Estados Unidos parecen compartir la opinión de que el "tipo de daño" causado por los dos métodos de pesca distintos es la "condición" pertinente.³ El Japón opina que las "condiciones" pertinentes son lo que haría "comparables" la distinción o la discriminación al efecto del examen en el marco de la parte introductoria. Por lo tanto, la "condición" pertinente debería ser la presencia, y no el grado, de los riesgos que abordan las medidas en cuestión. Además, la combinación de la causa de la distinción reglamentaria con la "condición" pertinente siempre dará lugar a una constatación de la existencia de condiciones distintas.

IV. La prueba jurídica en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT

4. El Japón sigue considerando que la evaluación del trato menos favorable *de facto* en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT debe desarrollarse aplicando la prueba de dos etapas elaborada por el Órgano de Apelación en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La aplicación de pruebas diferentes produce resultados incongruentes.

¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.91 y 7.390.

² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21 - *Malasia*), párrafo 144.

³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.584.

ANEXO C-4**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR NUEVA ZELANDIA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

Nueva Zelandia agradece esta oportunidad de exponer sus opiniones acerca de las cuestiones planteadas en la apelación del informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento. En esta comunicación, Nueva Zelandia llama la atención sobre tres cuestiones relativas a la presente apelación. En primer lugar, al determinar la conformidad de una medida de aplicación con arreglo al Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), un grupo especial debe considerar la medida "en su totalidad". En segundo lugar, en relación con el enfoque relativo al "trato no menos favorable" previsto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), Nueva Zelandia considera que la denominada "prueba de la adaptación" no es más que una parte de la evaluación de la cuestión de si la distinción reglamentaria es imparcial, y no una "prueba distinta". En tercer lugar, a juicio de Nueva Zelandia, no sería razonable que los Estados Unidos impusieran prescripciones en materia de observadores a otros países que participan en pesquerías de atún en otras partes del mundo, donde como resultado de que los métodos de pesca son distintos el riesgo de mortalidad de delfines es diferente que en el Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO).

ANEXO D

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO

Índice		Página
Anexo D	Resolución de procedimiento de 21 de julio de 2015 con respecto a la modificación de las fechas de la audiencia	D-2

ANEXO D**RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO DE 21 DE JULIO DE 2015**

1.1. El 13 de julio de 2015, la Sección que entiende en esta apelación informó a los participantes y a los terceros participantes de que la audiencia tendría lugar los días 7 y 8 de septiembre de 2015. La programación de la audiencia de esta apelación se coordinó con los planes de trabajo correspondientes a los demás procedimientos que simultáneamente tenía ante sí el Órgano de Apelación, en particular los de las diferencias *China - Medidas por las que se imponen derechos antidumping a los tubos sin soldadura (sin costura) de acero inoxidable para altas prestaciones procedentes del Japón (DS454) y procedentes de la Unión Europea (DS460)*.

1.2. El 15 de julio de 2015, la Sección recibió una carta de México por la que solicitaba que la audiencia no se programara para los días 7 y 8 de septiembre de 2015 porque un miembro fundamental del equipo litigante de México no estaría disponible en esas fechas. México sostenía que asistir a la audiencia con un equipo jurídico reducido repercutiría en su capacidad de presentar adecuadamente sus argumentos ante el Órgano de Apelación. México solicitó a la Sección que modificara la fecha de la audiencia, adelantándola o posponiéndola a los días 7 y 8 de septiembre de 2015. También solicitó a la Sección que tuviera en cuenta que el mismo equipo jurídico representaría a México en la audiencia del asunto *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) (Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD)* (DS386), programada para los días 15 y 16 de septiembre de 2015. Así pues, México sugirió que la Sección reprogramara la audiencia de esta apelación y la celebrara, por ejemplo, los días 3 y 4 o los días 21 y 22 de septiembre de 2015.

1.3. El 16 de julio de 2015, la Sección escribió a los Estados Unidos y a los terceros participantes y les pidió su opinión sobre la solicitud de México. El 16 de julio se recibieron observaciones de la Unión Europea, y el 17 de julio se recibieron observaciones del Japón y los Estados Unidos.

1.4. En sus observaciones, ni los Estados Unidos ni ninguno de los terceros participantes pusieron objeciones a la solicitud de México, al menos por lo que respecta a las fechas propuestas de los días 21 y 22 de septiembre. Al igual que México, los Estados Unidos querían evitar una audiencia durante la semana que comienza el 14 de septiembre de 2015, ya que también había miembros de su mismo equipo jurídico que participaban tanto en el presente procedimiento como en el del asunto *Estados Unidos - EPO (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*. Los Estados Unidos indicaron que, si no fuera posible trasladar las fechas de la audiencia a la semana que comienza el 21 de septiembre 2015, preferirían mantener las fechas actuales de los días 7 y 8 de septiembre. No eran partidarios de celebrar la audiencia los días 3 y 4 de septiembre debido a sus propios problemas de calendario.

1.5. La Unión Europea se mostró flexible con respecto a las fechas alternativas propuestas por México, aunque afirmó que prefería evitar una audiencia entre el 14 y el 17 de septiembre de 2015, ya que sus juristas encargados de la presente apelación debían participar en las audiencias de otros dos asuntos en esas fechas. La Unión Europea expresó la opinión de que las solicitudes para modificar las fechas de un plan de trabajo debían examinarse caso por caso, y señaló que los siguientes elementos podían ser pertinentes para la decisión de aceptar o rechazar tales solicitudes: i) con cuánta antelación se han conocido las fechas de la audiencia; ii) la naturaleza de los problemas de calendario; iii) la capacidad de los Miembros, incluidos los países en desarrollo Miembros, para ocuparse de varias diferencias al mismo tiempo; y iv) las limitaciones de recursos y las exigencias en materia de programación del propio Órgano de Apelación. La Unión Europea consideraba que el Órgano de Apelación estaba en mejores condiciones para sopesar y confrontar esas consideraciones contrapuestas.

1.6. El Japón no presentó observaciones sobre las fechas concretas propuestas por México, pero señaló que ni las fechas de la audiencia comunicadas por el Órgano de Apelación ni las fechas alternativas propuestas por México están comprendidas en el plazo estipulado en el párrafo 5 del artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) y en la Regla 27 de los Procedimientos de trabajo para el examen en

apelación (Procedimientos de trabajo). El Japón manifestó que entendía que la Sección daría, en todo caso, una explicación suficiente de su determinación de cualesquiera fechas para la audiencia.

1.7. Al examinar la solicitud de México, recordamos que el párrafo 2 de la Regla 16 de los Procedimientos de trabajo dispone lo siguiente:

En circunstancias excepcionales, cuando el cumplimiento estricto de uno de los plazos previstos en el Reglamento daría por resultado una falta manifiesta de equidad, una parte en la diferencia, un participante, un tercero o un tercero participante podrá pedir a la sección que modifique el plazo previsto en el presente Reglamento para la presentación de documentos o las fechas previstas en el programa de trabajo para las audiencias. Cuando una sección acepte una solicitud de este tipo, se notificarán a las partes en la diferencia, los participantes, los terceros y los terceros participantes las modificaciones que se produzcan en los plazos, mediante un plan de trabajo revisado.

1.8. México sostiene que asistir a la audiencia con un equipo jurídico reducido mermaría su capacidad de presentar adecuadamente sus argumentos ante el Órgano de Apelación. Reconocemos que, como principio general, el derecho de un Miembro a defender adecuadamente sus argumentos es esencial para el ejercicio de sus derechos en el marco del ESD.

1.9. Observamos además que el sistema de solución de diferencias de la OMC experimenta actualmente un elevado nivel de actividad, que puede ser oneroso para los Miembros de la OMC que participan en varios procedimientos paralelos. En tales circunstancias, la capacidad de un Miembro para participar efectivamente en todos esos procedimientos puede verse menoscabada, sobre todo si ese Miembro es un país en desarrollo. Además, la capacidad de los Miembros para gestionar unos recursos limitados en varias diferencias puede verse incluso más dificultada dado que en los procedimientos de apelación los plazos se fijan con independencia de los plazos correspondientes a otras etapas de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC en otros asuntos.

1.10. En las circunstancias de la presente apelación, consideramos pertinente que al menos algunos miembros de los equipos jurídicos que representan a los participantes en esta apelación representen también a las partes en la diferencia *Estados Unidos - EPO (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, y que haya una audiencia de ese procedimiento de arbitraje programada para los días 15 y 16 de septiembre de 2015. Observamos asimismo que ni los Estados Unidos ni ninguno de los terceros participantes en este procedimiento han manifestado su oposición a la solicitud de México para que se traslade la audiencia a los días 21 y 22 de septiembre de 2015, ni han indicado que celebrar la audiencia en esas fechas perjudicaría a sus debidas garantías procesales.

1.11. Teniendo en cuenta las circunstancias concretas de esta apelación y a la luz de las consideraciones anteriores, en su conjunto, estimamos que México ha identificado circunstancias excepcionales que justifican la modificación de las fechas de la audiencia. Por consiguiente, decidimos modificar el plan de trabajo para esta apelación y celebrar la audiencia los días 21 y 22 de septiembre de 2015.

1.12. Se adjunta a la presente resolución un plan de trabajo revisado.
