



**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

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

ÍNDICE

	<u>Página</u>
1 INTRODUCCIÓN	9
1.1 Aspectos generales	9
1.2 Solicitud de ampliación de los derechos de tercero	9
1.3 Antecedentes de la diferencia	10
2 SOLICITUDES DE CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES.....	11
3 PANORAMA GENERAL DE LA MEDIDA EN LITIGIO	12
3.1 La Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines y su reglamento de aplicación inicial.....	12
3.2 La norma definitiva de 2013.....	18
4 ARGUMENTOS DE LAS PARTES	23
5 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS	23
6 REEXAMEN INTERMEDIO.....	23
6.1 Cuestiones generales	23
6.2 Cuestiones específicas.....	23
6.2.1 Pruebas relativas a los daños observables y no observables causados por distintos métodos de pesca	23
6.2.2 Descripción de la constatación del Órgano de Apelación sobre los daños observados y no observados causados por los lances sobre delfines en comparación con los causados por otros métodos de pesca de atún.....	24
6.2.3 El argumento en evolución de México sobre las prescripciones diferentes en materia de observadores en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC	24
6.2.4 Pruebas relativas a los cuadernos de bitácora	25
6.2.5 Sistemas de seguimiento y verificación	25
6.2.6 Descripción por el Grupo Especial del argumento de México relativo al trato menos favorable	26
6.2.7 Lances sobre delfines regulados y no regulados.....	27
7 CONSTATAIONES.....	28
7.1 Alegaciones	28
7.2 Orden del análisis.....	28
7.3 Parámetros del mandato del Grupo Especial: la medida en litigio y el alcance de este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21	29
7.4 Carga de la prueba y norma de la prueba aplicables en el presente procedimiento	38
7.4.1 Carga de la prueba	38
7.4.2 Norma de la prueba	42
7.5 Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC	44
7.5.1 La prueba jurídica de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC	44
7.5.2 Aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.....	52
7.5.2.1 Alegación de México	52

	<u>Página</u>
7.5.2.2 Los criterios de admisibilidad	55
7.5.2.3 Las alegaciones restantes de trato menos favorable formuladas por México: las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes.....	63
7.5.2.4 Las prescripciones en materia de certificación diferentes.....	65
7.5.2.5 Las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes	95
7.6 Alegaciones al amparo del GATT de 1994	120
7.6.1 Párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994	120
7.6.1.1 Prueba jurídica	120
7.6.1.2 Aplicación	122
7.6.2 Párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994	132
7.6.2.1 Prueba jurídica	132
7.6.2.2 Aplicación	135
7.7 La defensa de los Estados Unidos al amparo de artículo XX del GATT de 1994	138
7.7.1 Apartado g) del artículo XX	139
7.7.1.1 Prueba jurídica de conformidad con el apartado g) del artículo XX	139
7.7.1.2 Aplicación	140
7.7.2 Apartado b) del artículo XX	146
7.7.3 La parte introductoria del artículo XX	146
7.7.3.1 Prueba jurídica de conformidad con la parte introductoria del artículo XX.....	146
7.7.3.2 Relación entre la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC	148
7.7.3.3 Aplicación	149
8 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	161

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL**

Índice		Página
Anexo A	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial	A-1

ANEXO B**ARGUMENTOS DE LAS PARTES****MÉXICO**

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la primera comunicación escrita de México	B-2
Anexo B-2	Resumen de la segunda comunicación escrita de México	B-16
Anexo B-3	Resumen de la declaración oral inicial de México en la reunión del Grupo Especial	B-25

ESTADOS UNIDOS

Índice		Página
Anexo B-4	Resumen de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos	B-31
Anexo B-5	Resumen de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos	B-41
Anexo B-6	Resumen de la declaración oral inicial de los Estados Unidos en la reunión del Grupo Especial	B-51

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por Australia en calidad de tercero	C-2
Anexo C-2	Resumen de la declaración oral de Australia en la reunión del Grupo Especial y respuestas de Australia a las preguntas del Grupo Especial	C-6
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero	C-9
Anexo C-4	Resumen de la declaración oral del Canadá en la reunión del Grupo Especial	C-12
Anexo C-5	Resumen integrado de los argumentos de la Unión Europea	C-14
Anexo C-6	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero	C-20
Anexo C-7	Resumen de la declaración oral de la República de Corea en la reunión del Grupo Especial	C-25
Anexo C-8	Resumen integrado de los argumentos de Nueva Zelandia	C-27
Anexo C-9	Resumen de la comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero	C-31
Anexo C-10	Resumen de la declaración oral de Noruega en la reunión del Grupo Especial	C-34

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Argentina - Textiles y prendas de vestir</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos</i> , WT/DS56/AB/R y Corr.1, adoptado el 22 de abril de 1998
<i>Brasil - Neumáticos recauchutados</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados</i> , WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
<i>Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000
<i>Canadá - Automóviles</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000
<i>Canadá - Automóviles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS139/R, WT/DS142/R, adoptado el 19 de junio de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R
<i>Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado</i> , WT/DS276/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004
<i>CE - Amianto</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la amianto y a los productos que contienen amianto</i> , WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
<i>CE - Banano III (Ecuador)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación del Ecuador</i> , WT/DS27/R/ECU, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE - Banano III (Estados Unidos)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de los Estados Unidos</i> , WT/DS27/R/USA, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE - Banano III (Guatemala y Honduras)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de Guatemala y Honduras</i> , WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE - Banano III (México)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de México</i> , WT/DS27/R/MEX, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R
<i>CE - Hormonas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
<i>CE - Preferencias arancelarias</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo</i> , WT/DS246/R, adoptado el 20 de abril de 2004, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS246AB/R
<i>CE - Productos derivados de las focas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas</i> , WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptados el 18 de junio de 2014
<i>CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India - Recurso de la India al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS141/AB/RW, adoptado el 24 de abril de 2003
<i>CE - Subvenciones a la exportación de azúcar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar</i> , WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado el 19 de mayo de 2005

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Chile - Sistema de bandas de precios</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas</i> , WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>China - Materias primas</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas</i> , WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptados el 22 de febrero de 2012
<i>China - Tierras raras</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno</i> , WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptados el 29 de agosto de 2014
<i>China - Tierras raras</i>	Informes del Grupo Especial, <i>China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, volframio (tungsteno) y molibdeno</i> , WT/DS431/R / WT/DS432/R / WT/DS433/R / y Add.1, adoptados el 29 de agosto de 2014, confirmados por los informes del Órgano de Apelación WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R
<i>Colombia - Puertos de entrada</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada</i> , WT/DS366/R y Corr.1, adoptado el 20 de mayo de 2009
<i>Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
<i>Estados Unidos - Acero laminado en caliente</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón</i> , WT/DS184/R, adoptado el 23 de agosto de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS184/AB/R
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)</i> , WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
<i>Estados Unidos - Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012
<i>Estados Unidos - Atún II (México)</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún</i> , WT/DS381/R, adoptado el 13 de junio de 2012, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS381/AB/R
<i>Estados Unidos - Camarones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón</i> , WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
<i>Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor</i> , WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012
<i>Estados Unidos - EPO</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)</i> , WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012
<i>Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá y México)</i>	Informes del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO) - Recurso del Canadá y de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS384/RW / WT/DS386/RW y Add.1, distribuidos a los Miembros de la OMC el 20 de octubre de 2014 [apelación en curso]

Título abreviado	Título completo y referencia
<i>Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002
<i>Estados Unidos - Gasolina</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional</i> , WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996
<i>Estados Unidos - Juegos de azar</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas</i> , WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá</i> , WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004
<i>Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS257/AB/RW, adoptado el 20 de diciembre de 2005
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS212/R, adoptado el 8 de enero de 2003, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS212/AB/R
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero")</i> , WT/DS294/AB/R, adoptado el 9 de mayo de 2006, y Corr.1
<i>Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS294/AB/RW y Corr.1, adoptado el 11 de junio de 2009
<i>Filipinas - Aguardientes</i>	Informes del Órgano de Apelación, <i>Filipinas - Impuestos sobre los aguardientes</i> , WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, adoptados el 20 de enero de 2012
<i>India - Patentes (Estados Unidos)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura</i> , WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998
<i>Indonesia - Automóviles</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil</i> , WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998, y Corr.3 y Corr.4
<i>Japón - Bebidas alcohólicas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
<i>Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas</i> , WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviaturas	Descripción
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
APICD	Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
CAOI	Comisión del Atún para el Océano Índico
CIAT	Comisión Interamericana del atún tropical
CICAA	Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico
Convención de Viena	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/Conf.39/27
DCP	Dispositivos de Concentración de Peces
DPCIA	Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines de 1990
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
GATT de 1994	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
MMPA	Ley de Protección de los Mamíferos Marinos
NMSF	Servicio Nacional de Pesca Marítima
NOAA	Administración Nacional del Océano y la Atmósfera
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PICD	Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
PTO	Océano Pacífico Tropical Oriental
TTF	Formulario para el seguimiento del atún
TTVP	Programa de Seguimiento y Verificación del Atún
USC	<i>United States Code</i>
Acuerdo OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
APICD	Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
CAOI	Comisión del Atún para el Océano Índico

1 INTRODUCCIÓN

1.1 Aspectos generales

1.1. El 14 de noviembre de 2013, México solicitó el establecimiento de un grupo especial en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD) en relación con la supuesta no aplicación por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en la diferencia *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*.¹ En su reunión de 22 de enero de 2014, el OSD acordó, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, remitir el asunto que le había sometido México en el documento WT/DS381/20 al Grupo Especial inicial, de ser posible, para que lo examinara.²

1.2. El mandato del Grupo Especial es el siguiente:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados invocados por las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por México en el documento WT/DS381/20 y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.

1.3. El 27 de enero de 2014 se estableció la composición del Grupo Especial, que es la siguiente:

Presidente:	Sr. Mario Matus
Miembros:	Sra. Elizabeth Chelliah Sr. Franz Perrez

1.4. Australia, el Canadá, China, Guatemala, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia, la República de Corea, Tailandia y la Unión Europea se reservaron sus derechos en calidad de terceros.

1.5. El Grupo Especial se reunió con las partes del 19 al 21 de agosto de 2014. El 20 de agosto de 2014 se celebró una sesión con los terceros.

1.6. El 27 de octubre de 2014, el Grupo Especial dio traslado a las partes de la parte expositiva de su informe. Las partes formularon observaciones sobre la parte expositiva del informe del Grupo especial el 10 de noviembre de 2014. El Grupo Especial dio traslado a las partes de su informe provisional el 28 de noviembre de 2014. El 12 de diciembre de 2014, las partes solicitaron por separado la revisión de aspectos concretos del informe provisional; el 19 de diciembre de 2015, las partes formularon observaciones sobre la solicitud de la otra parte. El Grupo Especial dio traslado a las partes de su informe definitivo el 30 de enero de 2015.

1.2 Solicitud de ampliación de los derechos de tercero

1.7. El 5 de agosto de 2014, en su comunicación en calidad de tercero³, la Unión Europea solicitó para ella misma y para los demás terceros los siguientes derechos en estas actuaciones:

[E]star presentes durante toda la audiencia; formular, por invitación del Grupo Especial, observaciones sobre las cuestiones que se plantearan durante la audiencia; recibir copias de las preguntas que pudieran formularse a las partes y de las respuestas y observaciones de éstas; y estar presentes en cualquier reunión posterior del Grupo Especial sobre el cumplimiento con las partes. La Unión Europea reiteró su solicitud en la declaración oral que pronunció en la sesión de la reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes dedicada a los terceros.⁴

1.8. Después de examinar la solicitud de la Unión Europea y de consultar a las partes, que se opusieron ambas a la solicitud, el Grupo Especial informó oralmente a la Unión Europea, en la

¹ WT/DS381/20.

² WT/DSB/M/341.

³ Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafos 3-9.

⁴ Declaración oral de la Unión Europea, párrafo 1.

sesión dedicada a los terceros, de que había decidido rechazar su solicitud. El Grupo Especial concluyó que, dado que las partes no estaban de acuerdo con esa solicitud, no necesitaba apartarse de los derechos de tercero establecidos en los párrafos 2 y 3 del artículo 10 del ESD, el párrafo 6 del apéndice 3 al ESD y la práctica de los grupos especiales sobre los derechos de tercero.

1.3 Antecedentes de la diferencia

1.9. La presente diferencia se refiere a la aplicación por los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*.

1.10. El 13 de junio de 2012, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún* (WT/DS381/AB/R) y el informe del Grupo Especial sobre esa diferencia (WT/DS381/R), modificado por el informe del Órgano de Apelación.⁵

1.11. El OSD resolvió, entre otras cosas, que las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado "dolphin safe" eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y recomendó que los Estados Unidos pusieran su medida en conformidad con las obligaciones que les correspondían en virtud ese Acuerdo.⁶ Las disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe* comprendían el artículo 1385 del Título 16 del *United States Code* ("Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines"); el reglamento de aplicación contenido en los artículos 216.91 y 216.92 del Título 50 del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos; y una decisión judicial de un tribunal de apelación federal de los Estados Unidos en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 F.3d. 757 (9th Cir. 2007) (la decisión judicial en el caso Hogarth).⁷

1.12. El 2 de agosto de 2012, México y los Estados Unidos informaron al OSD de que necesitaban más tiempo a fin de mantener conversaciones para fijar de mutuo acuerdo un plazo prudencial para que los Estados Unidos aplicaran las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁸ El 17 de septiembre de 2012, México y los Estados Unidos informaron al OSD de que habían acordado que el plazo prudencial sería de 13 meses contados a partir del 13 de junio de 2012, fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD. El plazo prudencial expiró el 13 de julio de 2013.⁹

1.13. El 9 de julio de 2013, los Estados Unidos publicaron en su *Federal Register* un instrumento jurídico titulado "Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún", que los Estados Unidos denominan la "norma definitiva de 2013". Según los Estados Unidos, la norma definitiva de 2013 es la medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Además, los Estados Unidos denominan colectivamente las tres medidas -la Ley, el reglamento de aplicación (modificado por la norma definitiva de 2013) y la decisión en el caso *Hogarth*- la "medida modificada sobre el etiquetado *dolphin safe*" o la "medida modificada".¹⁰

1.14. México considera que los Estados Unidos no han puesto las disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe* en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Además, México aduce que la medida sobre el atún modificada es incompatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos abarcados.¹¹

1.15. El 2 de agosto de 2013, México y los Estados Unidos informaron al OSD del Procedimiento acordado en virtud de los artículos 21 y 22 del ESD. Con arreglo al párrafo 2 del mencionado

⁵ Acta de la reunión del OSD celebrada el 13 de junio de 2012, WT/DSB/M/317, párrafo 37.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 407 b) y 408.

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

⁸ Comunicación de México y los Estados Unidos relativa al párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS381/16.

⁹ Acuerdo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD, WT/DS381/17.

¹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 10.

¹¹ Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México, WT/DS381/20, página 2.

Procedimiento, México no estaba obligado a celebrar consultas con los Estados Unidos antes de solicitar el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.¹²

2 SOLICITUDES DE CONSTATAIONES Y RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LAS PARTES

2.1. México considera que, en la presente diferencia, la "medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD, a la que México alude colectivamente como "medida sobre el atún modificada" abarca las siguientes medidas¹³:

- a. el artículo 1385 ("Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines"), 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*;
- b. 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;
- c. la decisión judicial en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007); y
- d. cualquier orientación de aplicación, directiva o anuncio de política o cualquier otro documento emitido en relación con los instrumentos mencionados en los apartados a. a c. *supra*, incluidas cualesquiera modificaciones o enmiendas relativas a esos instrumentos.

2.2. México ha identificado varias alegaciones en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y solicita al Grupo Especial que constate que¹⁴:

- a. la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque sigue dando a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos de atún similares de los Estados Unidos y a los productos de atún similares originarios de cualquier otro país;
- b. la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 porque sigue concediendo a los productos de atún originarios de otros países una ventaja que no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos de atún similares originarios de México;
- c. la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque sigue concediendo a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos de atún similares originarios de los Estados Unidos en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior;
- d. la medida sobre el atún modificada anula o menoscaba las ventajas resultantes para México del GATT de 1994 en el sentido del párrafo 1b) del artículo XXIII de dicho Acuerdo.

2.3. México solicita al Grupo Especial que constate que los Estados Unidos no han cumplido las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD sobre la base de que la medida sobre el atún modificada sigue siendo incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.¹⁵

¹² WT/DS381/19.

¹³ Véanse el documento WT/DS381/20; y la primera comunicación escrita de México, párrafo 11.

¹⁴ Véase el documento WT/DS381/20.

¹⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafo 331.

2.4. Los Estados Unidos solicitan al Grupo Especial que rechace las alegaciones de México en su totalidad.

3 PANORAMA GENERAL DE LA MEDIDA EN LITIGIO

3.1. En el procedimiento inicial, México impugnó tres medidas: 1) la Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines (DPCIA); 2) el reglamento de aplicación de la Ley; y 3) la decisión judicial del Tribunal Federal de Apelación del Noveno Circuito en el asunto *Earth Island Institute v. Hogarth* ("Hogarth").¹⁶ El Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron que esas medidas establecen las condiciones en que los productos de atún pueden recibir una etiqueta "dolphin safe" y se refirieron colectivamente a ellas como la "medida en litigio" o las "disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*".¹⁷

3.2. Considerados conjuntamente, la DPCIA, el reglamento de aplicación y la decisión judicial en el caso *Hogarth* establecen las prescripciones para que los productos de atún vendidos en los Estados Unidos puedan ser etiquetados como "dolphin safe". Más concretamente, esos instrumentos supeditan el acceso a una etiqueta "dolphin safe" a determinadas pruebas documentales que varían en función de la zona en que se capture el atún que contenga el producto de atún y el tipo de embarcación y método de pesca utilizados para capturarlo. En particular, el atún capturado "efectuando lances sobre" delfines no reúne actualmente los requisitos necesarios para llevar una etiqueta "dolphin safe" en los Estados Unidos, con independencia de que este método de pesca se utilice dentro o fuera del Océano Pacífico Tropical Oriental (el "PTO"). La DPCIA y el reglamento de aplicación prohíben también que se haga cualquier referencia a delfines, marsopas o mamíferos marinos en la etiqueta de un producto de atún si el atún que el producto contiene no cumple las condiciones de etiquetado enunciadas en la DPCIA. No obstante, no hacen obligatoria la utilización de una etiqueta "dolphin safe" para la importación o venta de productos de atún en los Estados Unidos.¹⁸

3.3. Las disposiciones pertinentes de la medida inicial se describen a continuación.¹⁹ La norma definitiva de 2013, que, según alegan los Estados Unidos, es la medida destinada a cumplir, se describe también en los párrafos que figuran a continuación.

3.1 La Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines y su reglamento de aplicación inicial

3.4. La DPCIA está codificada en el Título 16, artículo 1385, del *United States Code (USC)*. El reglamento promulgado de conformidad con la DPCIA está codificado en el Título 50, artículo 216, del *Code of Federal Regulations*. Lo esencial del sistema de etiquetado "dolphin safe" figura en los apartados 1385(d)(1)-(3) de la DPCIA. El párrafo (d) del artículo 1385 de las disposiciones de la DPCIA regula la utilización de la expresión "dolphin safe" ("inocuo para los delfines") cuando figura en productos de atún.²⁰

Método de pesca

3.5. De conformidad con la DPCIA, el atún capturado en alta mar mediante la pesca con grandes redes de deriva y los productos de atún que contienen atún capturado en cualquier lugar del mundo mediante lances sobre delfines no reúnen las condiciones necesarias para llevar la etiqueta "dolphin safe".²¹

¹⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.1; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.24.

¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

¹⁹ La descripción de los aspectos de la medida que no han variado se toma del informe del Grupo Especial en el procedimiento inicial.

²⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.3.

²¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.3.

Certificación por el capitán y un observador

3.6. El apartado (h)(1) de la DPCIA establece lo siguiente:

(h) Certificación por el capitán y un observador

(1) Salvo que el párrafo (2) disponga otra cosa, la certificación por el capitán prevista en el apartado (d)(2)(B)(i) de este artículo y la certificación del observador especificada en el apartado (d)(2)(B)(ii) de este artículo se referirán a que en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.

(2) La certificación por el capitán prevista en el apartado (d)(2)(B)(i) de este artículo y la certificación del observador especificada en el apartado (d)(2)(B)(ii) de este artículo se referirán a que en la expedición en que se capturó el atún no se capturó atún efectuando lances de redes de cerco sobre delfines ni cercándolos deliberadamente, y que en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín, si el atún fue capturado en una expedición iniciada.

(A) antes de la fecha de entrada en vigor de la constatación inicial por el Secretario prevista en el apartado (g)(1) de este artículo;

(B) después de la fecha de entrada en vigor de esa constatación inicial y antes de la fecha de entrada en vigor de la constatación del Secretario prevista en el apartado (g)(2) de este artículo, cuando en la constatación inicial se determine que los lances sobre delfines o su cercamiento deliberados tienen un efecto perjudicial importante en cualquier población de delfines sujeta a agotamiento; o

(C) después de la fecha de entrada en vigor de la constatación prevista en el apartado (g)(2) de este artículo, cuando en esa constatación se determine que los lances sobre delfines o su cercamiento deliberados tienen un efecto perjudicial importante en cualquiera de esas poblaciones sujetas a agotamiento.²²

3.7. Las disposiciones de la DPCIA se refieren a *cuatro* criterios que establecen *cinco* categorías básicas de circunstancias en que puede haberse capturado el atún. Esos criterios son los siguientes: el lugar (*dentro o fuera* del Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO)); las artes de pesca (*con o sin* utilización de redes de cerco); el tipo de relación entre los bancos de atún y de delfines (*existencia o inexistencia* de una asociación habitual o importante entre los bancos de atún y de delfines), y el nivel de la mortalidad o de heridas de los delfines (*existencia o inexistencia* de mortalidad o heridas graves, de manera habitual o importante). Las cinco categorías que se derivan de la aplicación combinada de estos criterios se describen en los incisos (A) a (D) del apartado 1385 (d)(1) de las disposiciones de la DPCIA.²³

3.8. Esos incisos hacen referencia al atún capturado:

A) en alta mar por buques dedicados a la pesca con redes de deriva;

B) fuera del PTO, por buques que utilicen redes de cerco;

i) en una pesquería en la cual, según haya determinado el Secretario de Comercio de los Estados Unidos, existe una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines similar a la que existe en el PTO;

ii) en cualquier otra pesquería (distinta de las descritas en el inciso (D)).

C) en el PTO por buques que utilicen redes de cerco; y

²² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.4.

²³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.7.

D) en una pesquería distinta de las descritas en las categorías anteriores en la cual, según haya identificado el Secretario de Comercio de los Estados Unidos, se produzcan de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines.²⁴

3.9. Los productos de atún que contengan atún capturado conforme a la hipótesis prevista en el inciso (A) del apartado 1385(d)(1), es decir, capturado en alta mar mediante redes de deriva, en ningún caso pueden etiquetarse como "*dolphin safe*" ni exhibir ninguna afirmación análoga. Los apartados 1385(d)(1)(2) y (h) de la DPCIA establecen condiciones específicas para el empleo en productos de atún de la expresión "*dolphin safe*" o cualquier afirmación análoga respecto de cada una de las categorías descritas en los incisos (B) a (D) del apartado 1385 (d)(1). Se indican a continuación las pruebas documentales que exige la DPCIA para las categorías (B) a (D).²⁵

3.10. Con respecto a los productos de atún que contengan atún capturado fuera del PTO por buques que utilicen redes de cerco en pesquerías en que, según haya determinado el Secretario de Comercio de los Estados Unidos, existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún (inciso (B)(i)), el empleo de la expresión "*dolphin safe*" o de cualquier expresión análoga está supeditado a una declaración escrita, otorgada por el capitán del buque y un observador participante en un programa nacional o internacional aceptable para el Secretario de Comercio, que certifique que en la expedición en que se capturó el atún no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente y que en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.²⁶

3.11. Para el atún capturado fuera del PTO por buques que utilicen redes de cerco en cualquier pesquería, excepto las pesquerías descritas en el inciso (D) del apartado 1385 (d)(1) de las disposiciones de la DPCIA (inciso (B)(ii)), se exige una declaración escrita, otorgada por el capitán del buque, que certifique que en la expedición en la que se capturó el atún no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente.²⁷

3.12. Para el atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco²⁸ (inciso (C)), las condiciones son las siguientes:

- una declaración escrita otorgada por el *capitán*, que certifique que en los lances en que se capturó el atún *no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín*; y, a menos que haya una determinación anterior del Secretario de Comercio de que la técnica de pesca de los lances sobre delfines no tiene efectos perjudiciales importantes en cualquier población de delfines sujeta a agotamiento en el PTO, que certifique también que *no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente*;
- una declaración escrita otorgada por el Secretario de Comercio o por una persona designada por él o por un representante de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT) o un representante autorizado de un país participante cuyo programa nacional se ajuste a las prescripciones del PICD, en que se afirme que durante toda la expedición hubo a bordo un observador aprobado por el PICD y que ese observador expidió las mismas certificaciones que el capitán del buque;
- la ratificación escrita de cada exportador, importador y empresa de transformación del atún; y
- las declaraciones y ratificaciones escritas citadas *supra* deben cumplir los reglamentos promulgados por el Secretario en los que se dispone la verificación de que los productos de atún son inocuos para los delfines.

²⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.8.

²⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.9.

²⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.10.

²⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.11.

²⁸ En consonancia con el APICD, la legislación estadounidense y los informes del procedimiento inicial, el Grupo Especial utiliza la expresión "grandes buques de cerco" para hacer referencia a los buques con una capacidad de carga de más de 363 toneladas métricas que pescan en el PTO con redes de cerco y la expresión "pequeños buques de cerco" para hacer referencia a los buques con una capacidad de carga de 363 toneladas métricas o menos que pescan en el PTO con redes de cerco.

No están sujetos a estas prescripciones los pequeños buques de cerco que pesquen en el PTO. Por lo tanto, considerando únicamente la DPCIA y no los demás aspectos de la medida estadounidense, el atún capturado en el PTO por ese tipo de buque puede etiquetarse como "dolphin safe" sin necesidad de presentar ninguna prueba documental.²⁹

3.13. Respecto del atún capturado en pesquerías *distintas* de las descritas en los apartados 1385 (d)(1)(A)-(C) (es decir, el atún capturado en alta mar sin emplear redes de cerco o grandes redes de deriva) en las que, según haya identificado el Secretario de Comercio de los Estados Unidos, se produzcan *de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves* de delfines (inciso (D)), el empleo de la expresión "dolphin safe" o cualquier otra análoga está sujeto a una declaración escrita otorgada por el *capitán* del buque y un *observador* que participe en un programa nacional o internacional aceptable para el Secretario de Comercio, de que en los lances de redes u otras artes en que se capturó el atún *no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín*, siempre que el Secretario de Comercio determine la necesidad de tal declaración de un observador.³⁰

3.14. En el caso del atún capturado sin emplear redes de cerco en pesquerías en las que *no* haya habido una constatación de *mortalidad o heridas graves habituales e importantes* de delfines, las disposiciones de la DPCIA no exigen ninguna declaración escrita o certificación.

3.15. Como se ya se ha explicado, el inciso (h)(1) de las disposiciones de la DPCIA establece que, salvo que el párrafo (2) disponga otra cosa, el atún capturado en el PTO por un buque que utilice redes de cerco puede etiquetarse como "dolphin safe" si el capitán del buque y un observador aprobado certifican que durante los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.³¹

3.16. Sin embargo, el inciso (h)(2) establece que el atún capturado en el PTO por un buque grande que utilice redes de cerco puede llevar la etiqueta "dolphin safe" si el capitán del buque y un observador aprobado certifican que: i) en la expedición en que se capturó el atún no se efectuaron lances de redes de cerco sobre delfines ni se los cercó con ellas de manera deliberada y; ii) en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín. El inciso (h)(2) de las disposiciones de la DPCIA supedita la aplicabilidad del inciso (h)(1) a la condición de que exista una constatación del Secretario de Comercio de los Estados Unidos de que los lances sobre delfines o su cercamiento deliberados con redes de cerco *no* tienen un efecto perjudicial importante en ninguna población de delfines sujeta a agotamiento en el PTO. El inciso (g) dispone que el Secretario de Comercio efectúe esa labor en dos etapas que darán lugar a una constatación inicial y otra definitiva sobre los efectos de los lances sobre delfines en el PTO.³²

3.17. En caso de una constatación negativa, una certificación de que "en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín" es suficiente para que los productos de atún sean aptos para utilizar una etiqueta "dolphin safe". En caso de una constatación afirmativa, se necesita una certificación adicional de que "en la expedición en la que se capturó el atún no se capturó atún efectuando lances de redes de cerco sobre delfines ni cercándolos deliberadamente".³³

3.18. El Secretario de Comercio de los Estados Unidos formuló una constatación definitiva de que "los lances sobre delfines o su cercamiento deliberados con redes de cerco no [estaban] teniendo efectos perjudiciales importantes en ninguna población de delfines sujeta a agotamiento en el PTO".³⁴ Sin embargo, esa constatación fue anulada por resoluciones de tribunales estadounidenses sobre la base de que el Secretario no había realizado estudios exigidos por la legislación y de que los mejores testimonios científicos disponibles no respaldaban la constatación del Secretario.³⁵

²⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.12.

³⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.13.

³¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.15.

³² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.16.

³³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 175.

³⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.18.

³⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.19; véase también el caso *Earth Island Institute v. Evans*, confirmado por el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*.

3.19. Por lo tanto, dado que la resolución del Secretario ha sido anulada con el resultado de que no hay una constatación de que los lances sobre delfines o su cercamiento deliberados con redes de cerco *no* están teniendo efectos perjudiciales importantes en ninguna población de delfines sujeta a agotamiento en el PTO, el atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco sólo puede llevar la etiqueta *dolphin safe* si el capitán certifica que en los lances en que se capturó el atún *no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín y* que en la misma expedición de pesca *no se efectuaron lances de redes de cerco sobre delfines ni se los cercó deliberadamente*. Esta certificación debe ir acompañada de una declaración escrita otorgada por el Secretario de Comercio (o la persona por él designada), un representante de la Comisión Interamericana del Atún Tropical o un representante autorizado de una nación participante cuyo programa nacional se ajuste a las prescripciones del PICD de que durante toda la expedición hubo a bordo un observador aprobado por el PICD y de que ese observador expidió las mismas certificaciones que el capitán y la ratificación de los exportadores, importadores y empresas de transformación que se exige en los incisos (d)(2)(B)-(C) del artículo 1385 de las disposiciones de la DPCIA.³⁶

3.20. Como ya se ha explicado, los incisos (d)(1)(B) y (D) de las disposiciones de la DPCIA establecen diferentes categorías de atún capturado *fuera* de la pesquerías de grandes buques de cerco del PTO. Estas categorías son las siguientes³⁷:

- atún capturado utilizando redes de cerco en una pesquería en la que, según haya determinado el Secretario de Comercio de los Estados Unidos, existe *una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines* similar a la que existe en el PTO (§1385 (d)(1)(B)(i));
- atún capturado utilizando redes de cerco en una pesquería en la que el Secretario de Comercio de los Estados Unidos no haya determinado que hay *una asociación habitual e importante* entre el atún y los delfines (§1385 (d)(1)(B)(ii)); y
- atún capturado en una pesquería *distinta* de las descritas en los incisos (d)(1)(A)-(C) en la que, según haya identificado el Secretario de Comercio de los Estados Unidos, se produzcan *de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines* (§1385 (d)(1)(C)).

3.21. Como también se ha indicado ya, las disposiciones de la DPCIA establecen un conjunto determinado de condiciones que deben cumplirse respecto de cada una de estas categorías de atún para que pueda emplearse la expresión "*dolphin safe*" o para efectuar afirmaciones similares. En dos de esos casos (a saber, el atún capturado en una pesquería en la que el Secretario de Comercio de los Estados Unidos haya *determinado* la existencia de una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines y el caso del atún capturado en una pesquería distinta de las descritas en los incisos (d)(1)(A)-(C), en la que, según haya *identificado* el Secretario de Comercio de los Estados Unidos, se produzcan de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines), la aplicabilidad de las prescripciones pertinentes está supeditada a la existencia de una determinación formulada por el Secretario de Comercio de que en la respectiva pesquería hay una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines similar a la que existe en el PTO o se producen de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines.³⁸

3.22. Los Estados Unidos indicaron que no se ha determinado en ninguna pesquería situada fuera del PTO la existencia de una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines similar a la que existe en el PTO. Además, los Estados Unidos también han explicado que no han formulado una determinación de que en alguna pesquería de atún en que se practique la pesca con técnicas distintas de las redes de cerco haya una mortalidad habitual e importante de delfines.³⁹

3.23. Por lo tanto, aunque las disposiciones de la DPCIA siguen admitiendo la posibilidad de que el Secretario de Comercio determine con respecto a pesquerías situadas fuera del PTO que exista una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines, o que se produzcan de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines, no se han formulado hasta la fecha

³⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.20.

³⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.21.

³⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.22.

³⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.23.

tales determinaciones. Por lo tanto, las prescripciones para la calificación de "*dolphin safe*" en el caso del atún capturado en las condiciones descritas en los incisos (d)(1)(B)(i) y (d)(1)(D) del artículo 1385 no se aplican en la actualidad a ninguna pesquería.⁴⁰

3.24. Por consiguiente, las situaciones descritas en el inciso (d)(1) del artículo 1385 que son aplicables actualmente son la descritas en:

- a. el inciso (d)(1)(A), que se refiere al atún capturado en alta mar por buques dedicados a la pesca con redes de deriva;
- b. el inciso (d)(1)(C), que se refiere al atún capturado en el PTO por grandes buques que emplean redes de cerco; y
- c. el inciso (d)(1)(B)(ii), que se refiere al atún capturado fuera del PTO por un buque de cerco en una pesquería que no haya sido objeto de una determinación de existencia de una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines hecha por el Secretario de Comercio. La certificación "*dolphin safe*" exigida para ese tipo de atún debe otorgarse por el capitán del buque y, conforme al inciso (d)(1)(B)(ii), debe indicar sólo que durante la expedición en que se capturó el atún *no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente*.⁴¹

3.25. Como el inciso (d)(1)(D) del artículo 1385 no es aplicable actualmente, las disposiciones de la DPCIA no exigen ninguna declaración o certificación escrita en el caso del atún capturado sin redes de cerco en ninguna pesquería.

El programa de seguimiento y verificación (TTVP)

3.26. El Servicio Nacional de Pesca Marítima de los Estados Unidos (NMFS) ha establecido el Programa de Seguimiento y Verificación del Atún (TTVP) para el seguimiento y verificación de la condición "*dolphin safe*" o "*no dolphin safe*" en el atún. Las disposiciones que establecen este programa figuran principalmente en los artículos 216.24 y 216.91-216.93 del Título 50 del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos. Mediante el empleo del TTVP, el Gobierno de los Estados Unidos recaba información de las empresas nacionales de transformación de atún, los buques atuneros estadounidenses y los importadores de productos de atún para verificar si los productos de atún etiquetados como *dolphin safe* cumplen las condiciones legales.⁴²

Formulario 370

3.27. Toda importación de atún y productos de atún a los Estados Unidos, con independencia de que exista o no el propósito de emplear el etiquetado "*dolphin safe*", debe ir acompañada por un Certificado de Origen de Pesquerías (formulario 370 de la Administración Nacional del Océano y la Atmósfera (NOAA)). Un ejemplar de ese formulario debe presentarse a la Oficina de Aduanas y Protección de Frontera en el momento de la importación, y otro al TTVP.⁴³

Formulario para el seguimiento del atún (TTF)

3.28. En el caso del atún capturado por buques estadounidenses, el artículo 216.93 establece un "Programa de seguimiento y verificación" para los grandes buques de cerco estadounidenses que pescan en el PTO, que se ha diseñado para que sea compatible con el APICD. La disposición exige que el observador a bordo del buque registre cada lance efectuado durante una expedición de pesca en un formulario para el seguimiento del atún (TTF) que lleve un número de identificación único. Se utiliza un TTF para registrar los lances *dolphin safe* (es decir, en los que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines) y otro para registrar los lances *no dolphin safe* (es decir, en los que se causaron mortalidad o heridas graves a delfines). La información registrada en el TTF sobre cada lance comprende la fecha, el número del vivero, los pesos por especies capturadas en el lance, una estimación de las toneladas cargadas y notas adicionales, si las hubiere.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.24.

⁴¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.25.

⁴² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.31.

⁴³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 2.32.

El observador y el ingeniero del buque hacen constar sus iniciales en la anotación que se efectúa después de cada lance, y el capitán del buque y el observador revisan y firman ambos TTF al final de la expedición de pesca certificando que la información que figura en los formularios es exacta. La prescripción relativa a los TTF no se aplica a los buques estadounidenses que actúan fuera del PTO ni a los buques estadounidenses que actúan en el PTO pero no son grandes buques de cerco. Los TTF deben ser certificados por los observadores independientes que deben llevar a bordo los grandes buques de cerco en el PTO.⁴⁴ Los TTF son un componente del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los delfines (APICD). Durante cualquier expedición de pesca en el PTO, los grandes buques de cerco están obligados a registrar en TTF todos los lances con redes de cerco efectuados y toda mortalidad o heridas graves de delfines. Como exige el APICD, el artículo 216.93(a) dispone que se utilicen TTF distintos para registrar el atún capturado en lances *dolphin safe* y en lances no *dolphin safe*. En el inciso (c)(1)(i) se establece que un lance no es *dolphin safe* si durante él murió o recibió una herida grave un delfín.⁴⁵

3.29. En el caso de los productos de atún que contienen atún capturado en el PTO por buques no estadounidenses, hay disposiciones reglamentarias distintas. El artículo 216.92(b)(1) se aplica a los productos de atún importados hechos con atún de aleta amarilla capturado en el PTO y exige que el atún sea capturado por un buque perteneciente a un país que haya obtenido una constatación positiva de conformidad con §216.24 (f)(8), que es una determinación del Gobierno de los Estados Unidos de que un país está en conformidad con el APICD. En el caso de otros productos de atún que no contienen atún de aleta amarilla, el artículo 216.92(b)(2)(i) exige que el atún haya sido capturado por un buque perteneciente a un país que sea parte en el APICD y cumpla las prescripciones de éste. Así pues, se aplican las mismas prescripciones de cumplimiento del APICD a los productos de atún importados que contienen atún de aleta amarilla y atún distinto del atún de aleta amarilla. El APICD exige que los países miembros empleen para la pesca con grandes buques de cerco en el PTO el mismo sistema de TTF que se aplica a los buques estadounidenses de conformidad con el artículo 216.93.⁴⁶ En el formulario 370 que se exige para los productos de atún importados que contienen atún capturado en el PTO deben figurar los números de los TTF correspondientes.⁴⁷

3.30. La prescripción relativa a los TTF se aplica únicamente al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO.

Separación física

3.31. La medida inicial no exigía la separación del atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe* en el caso del atún que no hubiera sido capturado por grandes buques de cerco en el PTO. Únicamente en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO, el atún capturado en lances designados *dolphin safe* por el observador del buque debía almacenarse por separado del atún capturado en lances no *dolphin safe* desde el momento de la captura hasta la descarga en el puerto. Concretamente, si el atún era capturado en un lance durante el cual se diera muerte o se hiriera gravemente a un delfín, debía ser almacenado en un "viviero" del buque aisándolo del atún *dolphin safe*. Si se mezcla en el mismo viviero atún *dolphin safe* con atún no *dolphin safe*, todo el atún de esa bodega debe tratarse como no *dolphin safe*. Además, el atún descargado en camiones, instalaciones de almacenamiento o buques de transporte debe cargarse o almacenarse de manera que se mantenga la identificación del atún *dolphin safe* o el atún no *dolphin safe* cuando sale del buque.⁴⁸ Los TTF exigidos en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO se utilizan con ese propósito.⁴⁹

3.2 La norma definitiva de 2013

3.32. El 9 de julio de 2013, los Estados Unidos publicaron en su *Federal Register* una norma definitiva denominada "Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún" (norma definitiva de 2013). La norma definitiva

⁴⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafos 82 y 83.

⁴⁵ Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, nota 63.

⁴⁶ Primera comunicación escrita de México, párrafos 85-88.

⁴⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 42.

⁴⁸ Primera comunicación escrita de México, párrafos 60 y 61.

⁴⁹ Primera comunicación escrita de México, párrafos 90-92.

de 2013 introdujo cambios en los artículos 216.91 y 216.93 del anterior reglamento.⁵⁰ Sin embargo, ni la DPCIA ni la resolución en el caso *Hogarth* han sido modificadas desde que el Grupo Especial inicial distribuyó su informe.⁵¹

3.33. La medida sobre el etiquetado "*dolphin safe*" modificada establece tres tipos de condiciones para la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún: 1) condiciones relativas a los métodos de pesca; 2) condiciones relativas a las certificaciones; y 3) condiciones relativas al mantenimiento de registros (seguimiento y verificación).⁵²

3.34. Las modificaciones pertinentes del reglamento de aplicación inicial se explican más adelante.

Método de pesca

3.35. De conformidad con la medida modificada, al igual que de acuerdo con la medida inicial, el atún capturado utilizando grandes redes de deriva en alta mar no reúne las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe*.⁵³

3.36. De conformidad con la medida modificada, al igual que de acuerdo con la medida inicial, los productos de atún que contienen atún capturado en cualquier lugar del mundo mediante lances sobre delfines no reúnen las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe*. Esta prohibición se lleva a la práctica mediante 50 C.F.R. artículo 216.91(a)(1), que se aplica a los grandes buques de cerco en el PTO, y el artículo 216.91(a)(2), que se aplica a los buques de cerco fuera del PTO. Ambas disposiciones estipulan que el atún capturado por un buque de esas características no reúne las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe* a menos que vaya acompañado por una certificación del capitán según la cual no se hayan efectuado lances sobre delfines ni se los haya cercado deliberadamente durante la expedición en que se capturó el atún y no se haya dado muerte o herido gravemente a ningún delfín durante los lances en que se capturó el atún".⁵⁴

3.37. Los productos de atún capturados mediante métodos de pesca distintos de la pesca en alta mar con grandes redes de deriva o los lances sobre delfines reúnen las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe* únicamente si no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en los empleos de artes en que se capturó el atún. Para garantizar el cumplimiento de esta condición, los productos de atún que llevan la etiqueta *dolphin safe* están sujetos a las condiciones de certificación y mantenimiento de registros que se examinan a continuación.⁵⁵

Certificaciones

Certificación del capitán

3.38. Con arreglo a la medida modificada, la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en cualquier producto de atún está supeditada a la condición de que el producto vaya acompañado por determinadas certificaciones del capitán del buque que realiza la captura y, en algunas circunstancias, de un observador perteneciente a un programa nacional o internacional de observadores aprobado.⁵⁶

3.39. Las prescripciones en materia de certificación establecidas en la DPCIA inicial para todo el atún capturado en el PTO por un gran buque de cerco no han variado. En el caso de los buques con pabellón estadounidense, esta condición se aplica mediante los artículos 216.92(a)(1) y 216.93(a), que exigen que acompañen a todo el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO TTF certificados por el capitán, en los que se indique si se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín en el lance en el que se capturó el atún. En el caso de los buques con pabellón de otros países, el artículo 216.24(f)(2) exige que todas las importaciones de atún vayan acompañadas por un formulario 370 de la NOAA en el que se indique la condición *dolphin safe* y que contenga las

⁵⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafo 10.

⁵¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 11.

⁵² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 20.

⁵³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 22.

⁵⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 30.

⁵⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 32.

⁵⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 33.

certificaciones descritas en el artículo 216.91(a) que sean necesarias.⁵⁷ La certificación debe incluir una validación en el sentido de que la condición *dolphin safe* fue certificada por un observador independiente que cumple las prescripciones del APICD.⁵⁸

3.40. Aparte de la certificación de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín, los productos de atún que contienen atún capturado por un buque de cerco sólo pueden llevar la etiqueta *dolphin safe* si van acompañados por una certificación del capitán del buque según la cual no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente durante la expedición en que se capturó el atún. De conformidad con la medida modificada, esta condición se aplica a los productos de atún que contienen atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO y por buques de cerco fuera del PTO.⁵⁹

3.41. De conformidad con la medida modificada, es también necesaria para que los productos de atún que contienen atún capturado en cualquier otra pesquería lleven la etiqueta *dolphin safe* una certificación del capitán según la cual no se haya dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se haya capturado el atún. El artículo 216.91(a)(2) aplica esta condición al atún capturado por un buque de cerco fuera del PTO en expediciones iniciadas el 13 de julio de 2013 o después de esa fecha. En el artículo 216.91(a)(4) se establece la misma condición para el atún capturado en todas las demás pesquerías (es decir, todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y las pesquerías en las que se utilizan redes de cerco fuera del PTO). (La medida sobre el atún inicial no exigía ninguna certificación en el caso de los productos de atún que contenían atún capturado i) sin utilizar redes de cerco o ii) por pequeños buques de cerco en el PTO.)⁶⁰

El observador a bordo del buque y la certificación del observador

3.42. Los productos de atún que contienen atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO sólo pueden llevar la etiqueta *dolphin safe* si van acompañados por documentación válida firmada por un representante del país miembro del PICD apropiado en la que se certifique que: i) había a bordo del buque durante toda la expedición un observador aprobado por el PICD; y ii) no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente durante la expedición de pesca ni se dio muerte o se hirió gravemente a ningún delfín en los lances en que se capturó el atún. Además, en la documentación se deben hacer constar los números de los formularios para el seguimiento del atún conexos que contengan las certificaciones del capitán y del observador exigidas.⁶¹

3.43. En el caso del atún capturado por grandes buques de cerco estadounidenses en el PTO, esta condición se aplica mediante los artículos 216.91(a)(1) y 216.93(a), que exigen que el observador del PICD que se encuentre a bordo certifique el TTF que acompañe al atún capturado por ese buque.⁶² Un TTF utilizado para registrar los lances *dolphin safe* acredita que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en el lance en que se capturó el atún.⁶³

3.44. En el caso del atún capturado por grandes buques de cerco no estadounidenses en el PTO, los artículos 216.92(b) y 216.24(f)(4) aplican esta disposición exigiendo que el formulario 370 de la NOAA que acompañe a los productos de atún contenga las certificaciones necesarias del observador. Para que los productos de atún lleven la etiqueta *dolphin safe*, el formulario 370 que los acompañe debe estar firmado por un representante de un país miembro del PICD, y el representante debe certificar que: i) había un observador del PICD a bordo del buque durante toda la expedición; ii) no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente; y iii) no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en los lances en los que se capturó el atún.

⁵⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 35.

⁵⁸ 16 USC §1385 (d)(2)(B) (México - Prueba documental 8).

⁵⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 37.

⁶⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 36.

⁶¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 40.

⁶² Véase 50 C.F.R. §§ 216.92(a)(1) (Estados Unidos - Prueba documental 2). En el caso de los buques estadounidenses, el TTVP de la NOAA es el representante del país miembro del PICD (es decir, los Estados Unidos), y la certificación de los Estados Unidos se efectúa mediante el examen de los TTF.

⁶³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 41 (con arreglo al artículo 216.93(a), se utiliza un TTF para registrar los lances *dolphin safe* y otro para registrar los lances no *dolphin safe*).

En el formulario 370 se deben hacer constar también los números de los TTF conexos que contengan las certificaciones necesarias del capitán y del observador.⁶⁴

3.45. En el caso del atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO, la medida modificada no exige una certificación de un observador a menos que el Administrador Adjunto del NMFS haya hecho determinadas constataciones. Más concretamente, de conformidad con la medida modificada, se exige una certificación de un observador en las siguientes circunstancias⁶⁵:

- i) en una pesquería no situada en el PTO en la que se utilicen redes de cerco cuando el Administrador Adjunto haya determinado que existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún (similar a la que existe entre los delfines y el atún en el PTO) (50 C.F.R. §§216.91(a)(2)(i));
- ii) en una pesquería no situada en el PTO en la que se utilicen redes de cerco cuando el Administrador Adjunto haya determinado que los observadores que participan en un programa nacional o internacional de observadores están cualificados y autorizados para certificar que no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente durante la expedición de pesca en que se capturó el atún; y que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en los lances en que se capturó el atún" (50 C.F.R. §§216.91(a)(2)(iii)(B));
- iii) en cualquier otra pesquería cuando el Administrador Adjunto haya determinado que los observadores que participan en un programa nacional o internacional de observadores están cualificados y autorizados para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún" (50 C.F.R. §§216.91(a)(4)(ii)); y
- iv) en cualquier otra pesquería en la que el Administrador Adjunto haya determinado que hay mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes" (50 C.F.R. §§216.91(a)(4)(iii)).

3.46. Con respecto a la medida actual, en el caso del atún capturado fuera del PTO, la medida sobre el atún modificada no exige ninguna certificación de un observador, salvo para siete pesquerías estadounidenses respecto de las cuales el Administrador Adjunto ha determinado que los observadores estadounidenses están cualificados y autorizados para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún. La certificación sólo se exige cuando el observador está a bordo del buque por otros motivos, y el atún capturado cuando no hay un observador a bordo puede aun así llevar la etiqueta *dolphin safe* con una declaración del capitán.⁶⁶

Seguimiento y verificación

Prescripciones en materia de documentación

Formulario para el seguimiento del atún (TTF)

3.47. Al igual que en la medida inicial, con arreglo a la medida modificada el atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco sólo puede llevar la etiqueta *dolphin safe* si se cumplen las prescripciones en materia de documentación previstas en los artículos 216.92 y 216.93. En el caso del atún capturado por buques con pabellón estadounidense, puede utilizarse la etiqueta *dolphin safe* si el atún va acompañado por un TTF certificado por el capitán del buque y el observador aprobado por el PICD y se entrega a una empresa de transformación del atún estadounidense que

⁶⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 42.

⁶⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 43.

⁶⁶ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 128.

cumpla las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de atún previstas en el artículo 216.93.⁶⁷

3.48. Se aplican las mismas prescripciones en materia de seguimiento y verificación -por ejemplo, que el atún de que se trate vaya acompañado por un TTF certificado por el capitán del buque y un observador aprobado por el PICD- a los productos importados de atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco. Esos productos de atún sólo pueden llevar la etiqueta *dolphin safe* si el atún fue capturado por un buque con pabellón de un país que sea parte en el APICD (o un país que aplique provisionalmente el APICD) que cumpla todas las prescripciones del Plan de Seguimiento y Verificación del Atún del PICD. Esta prescripción se lleva a la práctica mediante el formulario 370, que exige que el atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco vaya acompañado por documentación del país miembro del PICD apropiado en la que se certifique que hubo un observador del PICD a bordo del buque en todo momento y se hagan constar los números del TTF o los TTF conexos.⁶⁸

Formulario 370

3.49. Todos los productos de atún importados, con independencia del lugar en que se haya capturado el atún y de si se utiliza la etiqueta *dolphin safe*, deben ir acompañados por un formulario 370 de la NOAA en el que se indique el tipo de artes con que se capturó el atún y, si el producto debe llevar la etiqueta *dolphin safe*, se incluyan las certificaciones necesarias. En el momento de la importación, un ejemplar de ese formulario debe presentarse a la Oficina de Aduanas y Protección de Frontera y otro al Programa de Seguimiento y Verificación del Atún (TTVP), en un plazo de 10 días contados a partir de la importación.⁶⁹

Separación física

3.50. La medida modificada dispone que, para estar contenido en un producto de atún que lleve la etiqueta *dolphin safe*, el atún debe ser separado del atún no *dolphin safe* desde el momento en que es capturado hasta su descarga y transformación. El artículo 216.93(c)(1) aplica esta prescripción al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO, exigiendo que el atún *dolphin safe* se cargue en bodegas de almacenamiento designadas y se descargue en camiones, instalaciones de almacenamiento o buques de transporte de tal manera que se salvaguarde la distinción entre el atún *dolphin safe* y el no *dolphin safe*. La carga y la descarga de las bodegas de almacenamiento es supervisada por observadores independientes, y los distintos lotes de atún reciben números de seguimiento de TTF que pueden ser seguidos a través de todas las etapas de producción de los productos de atún.⁷⁰

3.51. Los artículos 216.93(c)(2) y (3) aplican la misma prescripción al atún capturado por buques de cerco fuera del PTO y al atún capturado en otras pesquerías. Cualquier mezcla del contenido de las bodegas de almacenamiento o las zonas de almacenamiento de que se trate debe hacer que el atún se designe no *dolphin safe*.⁷¹

Seguimiento de las operaciones de las fábricas de conservas y las operaciones de las empresas de transformación distintas de las operaciones de las fábricas de conservas sujetas a la jurisdicción de los Estados Unidos

3.52. Cuando una fábrica de conservas estadounidense recibe un envío de atún nacional o importado para su transformación, puede estar presente un representante del NMFS para supervisar la entrega y verificar las designaciones *dolphin safe*. Además, las empresas estadounidenses de transformación de atún están obligadas a presentar al TTVP informes mensuales sobre todo el atún que reciben en sus instalaciones de transformación. Esos informes indican, para todo el atún recibido, si reúne las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe* de conformidad con el artículo 216.91, las especies, el estado de los productos de atún, el peso, la zona del océano en que el atún fue capturado, el buque que lo capturó, el tipo de arte de pesca, las fechas de la expedición, el nombre del buque de transporte, las fechas de la descarga, el lugar

⁶⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 45.

⁶⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 46.

⁶⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 49.

⁷⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafo 92.

⁷¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 50.

en que ésta se realizó y, si los productos de atún llevan la etiqueta *dolphin safe*, las certificaciones exigidas para cada envío de atún. Todos los exportadores, transbordadores, importadores, empresas de transformación y distribuidores estadounidenses de atún o productos de atún deben conservar los registros relativos al atún durante al menos dos años, incluidos los formularios 370 y las certificaciones conexas y todos los informes adicionales exigidos.⁷²

4 ARGUMENTOS DE LAS PARTES

4.1. Los argumentos de las partes se reflejan en los resúmenes que éstas han presentado al Grupo Especial de conformidad con el párrafo 17 del Procedimiento de trabajo adoptado por el Grupo Especial (véanse los anexos B-1, B-2, B-3, B-4, B-5 y B-6).

5 ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

5.1. Los argumentos de Australia, el Canadá, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia, la República de Corea y la Unión Europea se recogen en sus respectivos resúmenes, presentados de conformidad con el párrafo 18 del Procedimiento de trabajo adoptado por el Grupo Especial (véanse los anexos C-1, C-2, C-3, C-4, C-5, C-6, C-7, C-8, C-9 y C-10). La República de Corea no presentó sus argumentos por escrito al Grupo Especial. El Japón no hizo una declaración oral. China, Guatemala y Tailandia no presentaron argumentos oralmente o por escrito al Grupo Especial.

6 REEXAMEN INTERMEDIO

6.1 Cuestiones generales

6.1. Todas las referencias a párrafos contenidas en esta sección remiten a números de párrafo del informe definitivo. Esta sección del informe es parte integrante de las constataciones del Grupo Especial.

6.2. En respuesta a solicitudes de las partes, el Grupo Especial introdujo correcciones tipográficas y de estilo en los siguientes párrafos: 7.11, 7.16, 7.34, 7.35, 7.62, 7.71, 7.80, 7.98, 7.120, 7.124, 7.126, 7.136, 7.143, 7.147, 7.160, 7.161, 7.167, 7.172, 7.177, 7.187, 7.185, 7.192, 7.198, 7.199, 7.206, 7.208, 7.231, 7.233, 7.248, 7.249, 7.251, 7.252, 7.253, 7.256, 7.262, 7.283, 7.294, 7.297, 7.298, 7.300, 7.302, 7.303, 7.304, 7.306, 7.310, 7.312, 7.346, 7.349, 7.352, 7.355, 7.365, 7.363, 7.367, 7.368, 7.370, 7.377, 7.378, 7.401, 7.433, 7.439, 7.444, 7.450, 7.453, 7.454, 7.458, 7.466, 7.477, 7.483, 7.486, 7.508, 7.517, 7.519, 7.528, 7.533, 7.539, 7.554, 7.577, 7.579, 7.585, 7.587, 7.591, 7.593 y 7.599.

6.3. En respuesta a observaciones de ambas partes, el Grupo Especial ha introducido revisiones de menor importancia en la parte expositiva de su informe, en los párrafos 1.1, 1.10, 3.1, 3.13, 3.14, 3.28, 3.29, 3.30, 3.31, 3.32, 3.36, 3.40 y 3.47.

6.4. A la luz de las solicitudes formuladas por las partes durante la etapa intermedia de reexamen y a fin de reflejar con mayor precisión los argumentos y las pruebas documentales de las partes, el Grupo Especial realizó reajustes en los siguientes párrafos: 7.104, 7.111, 7.112, 7.116, 7.154, 7.156, 7.193, 7.291, 7.309, 7.324, 7.328, 7.339, 7.349, 7.360, 7.374, 7.467, 7.589 y 7.592.

6.5. Ambas partes solicitaron al Grupo Especial que aclarara y, en algunos casos, revisara su razonamiento y sus constataciones contenidos en varios párrafos. En respuesta a esas solicitudes, el Grupo Especial ha realizado reajustes en su informe, en los párrafos 7.66, 7.105, 7.148, 7.150, 7.366 y 7.601.

6.2 Cuestiones específicas

6.2.1 Pruebas relativas a los daños observables y no observables causados por distintos métodos de pesca

6.6. Ambas partes solicitaron al Grupo Especial que explicara con mayor detalle sus opiniones sobre determinadas pruebas relativas a los criterios de admisibilidad diferentes. El Grupo Especial

⁷² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 52.

no consideró necesario reexaminar las pruebas presentadas por las partes en la diferencia inicial. No obstante, sí reexaminó las nuevas pruebas y constató que simplemente confirmaban las constataciones formuladas en el procedimiento inicial sobre esa cuestión. Por esa razón, el Grupo Especial no examinó esas nuevas pruebas muy detenidamente en su informe provisional. No obstante, a la luz de las solicitudes de las partes, hemos decidido describir las nuevas pruebas algo más detalladamente y proporcionar explicaciones más pormenorizadas de la manera en que el Grupo Especial entiende los diversos documentos y de sus puntos de vista al respecto. El Grupo Especial señala que esas nuevas pruebas confirman las constataciones fácticas efectuadas por el Grupo Especial inicial y confirmadas por el Órgano de Apelación. En consecuencia, hemos revisado los párrafos 7.111, 7.112, 7.116, 7.122, 7.123 y 7.129 a 7.135 del informe.

6.2.2 Descripción de la constatación del Órgano de Apelación sobre los daños observados y no observados causados por los lances sobre delfines en comparación con los causados por otros métodos de pesca de atún

6.7. Los Estados Unidos solicitaron que el Grupo Especial reexaminara su descripción de las constataciones del Órgano de Apelación contenidas en los párrafos 7.120, 7.122, 7.579 y 7.585 de su informe. México no estuvo de acuerdo con la solicitud de los Estados Unidos y pidió al Grupo Especial que la rechazara.

6.8. En su redacción original, el párrafo refleja con precisión la manera en que entendemos los informes del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación confirmó expresamente que los "lances sobre los delfines causa[n] efectos perjudiciales observados y no observados en los delfines".⁷³ Ninguna de las partes niega que los lances sobre delfines causan daños observados y no observados a los delfines. No obstante, el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación también declararon claramente que "los riesgos para los delfines derivados de otras técnicas de pesca [no] eran insignificantes y ... [podían alcanzar], en algunas circunstancias, el mismo nivel que los riesgos de los lances sobre delfines".⁷⁴ A nuestro juicio, lo que hace que los lances sobre delfines sean especialmente dañinos es el hecho de que causan determinados efectos no observados *más allá* de la mortalidad y las heridas "como resultado de la propia caza".⁷⁵ Esos daños seguirían existiendo "incluso si se adoptaran medidas para evitar la captura y la muerte de delfines en las redes".⁷⁶ Si el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación constataron que los Estados Unidos tienen derecho a tratar los lances sobre delfines y otros métodos de pesca de manera diferente es precisamente porque esos daños no observados no pueden atenuarse mediante medidas encaminadas a evitar que se dé muerte y se hiera a delfines.

6.9. En aras de la claridad, hemos revisado nuestra redacción de los párrafos 7.120, 7.122, 7.123, 7.579 y 7.585.

6.2.3 El argumento en evolución de México sobre las prescripciones diferentes en materia de observadores en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

6.10. Los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que revisara su descripción del argumento de México contenido en los párrafos 7.154 y 7.161 del informe. México pidió al Grupo Especial que rechazara esa solicitud y declaró que la redacción modificada propuesta por los Estados Unidos "describiría erróneamente los argumentos de México".⁷⁷

6.11. A nuestro juicio, el texto original resume con exactitud el argumento de México. México adujo explícitamente que las prescripciones en materia de certificación diferentes "imponen dos criterios distintos ... con respecto a la exactitud de la información sobre la condición *dolphin safe* del atún: un criterio en el caso del atún capturado dentro del PTO y un criterio separado y mucho menos exigente en el del atún capturado fuera del PTO".⁷⁸ A juicio del Grupo Especial, esta frase significa claramente que, en opinión de México, la medida sobre el atún modificada impone una carga más ligera (o, en palabras de México, "mucho menos exigente") en el caso del atún

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 287.

⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289.

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.504.

⁷⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.504.

⁷⁷ Observaciones de México acerca de las observaciones de los Estados Unidos sobre el informe provisional, párrafo 25.

⁷⁸ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 193.

capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que en el caso del atún capturado dentro de esa pesquería. En aras de la claridad, el Grupo Especial ha añadido en el párrafo 7.154 una nota de pie de página en la que se vincula explícitamente el resumen del Grupo Especial con la comunicación de México.

6.12. Además, el Grupo Especial señala que su descripción del argumento de México tiene en cuenta la manera en que los argumentos mexicanos se desarrollaron a lo largo de este procedimiento y, en particular, su desarrollo (el desarrollo por México) de los argumentos relativos a las distintas cargas de costos que impone la medida sobre el atún modificada. Como recordarán ambas partes, una de las principales cuestiones examinadas por el Grupo Especial y las partes en su reunión se refirió a los diversos costos impuestos por la medida sobre el atún modificada. Varias de las preguntas que el Grupo Especial formuló por escrito a las partes se refirieron también a las distintas cargas de costos impuestas por la medida en litigio, y ambas partes respondieron a esas preguntas. Como explica el Grupo Especial en el párrafo 7.162, la medida sobre el atún modificada parece imponer distintas cargas de costos a los distintos países, y esto es un elemento importante de las cargas diferentes impuestas por la medida. A la luz de estas consideraciones, creemos que la forma en que entendemos y describimos el argumento de México es exacta y debe mantenerse.

6.2.4 Pruebas relativas a los cuadernos de bitácora

6.13. Los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que reexaminara determinadas constataciones fácticas contenidas en los párrafos 7.219 y 7.601. En particular, los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que tomara nota expresamente de que algunos cuadernos de bitácora sí exigen o permiten a los capitanes que registren las capturas incidentales de mamíferos. El Grupo Especial reexaminó esas pruebas y ha revisado los párrafos 7.219 a 7.226 de su informe.

6.2.5 Sistemas de seguimiento y verificación

6.14. Los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que revisara sus constataciones, contenidas en varios párrafos, sobre el sistema de seguimiento y verificación que se aplica al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Concretamente, los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que constatará: a) que los códigos de las latas permiten el seguimiento en sentido inverso no solo hasta el buque que capturó el atún contenido en la lata sino también hasta la declaración del capitán asociada con ese atún; b) que las certificaciones de los capitanes se asocian con los lotes de atún en el "primer punto de descarga" de éstos; y c) que, en algunos casos, los productos de atún hechos con atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO pueden ser seguidos en sentido inverso hasta el vivero en que se almacenó el atún durante la expedición de pesca en que fue capturado.

6.15. Con respecto a la parte a) de la solicitud de los Estados Unidos, el Grupo Especial se abstiene de formular la constatación adicional solicitada por ese país, es decir, que los códigos de las latas permiten que el atún se siga en sentido inverso hasta la declaración del capitán asociada con el atún contenido en la lata. En primer lugar, la constatación adicional no sería compatible con la argumentación de los propios Estados Unidos. **[[ICC⁷⁹, ⁸⁰]]**. Por consiguiente, una constatación general de que los códigos de las latas permiten seguir el atún en sentido inverso hasta las certificaciones de los capitanes sería improcedente.

6.16. Además, no estamos de acuerdo en que las pruebas respalden la alegación de los Estados Unidos sobre este punto. **[[ICC]]**.

6.17. Aunque nos abstenemos de formular la constatación adicional solicitada por los Estados Unidos, el Grupo Especial considera apropiado describir con mayor claridad el argumento de ese país sobre este punto. En consecuencia, hemos revisado los párrafos 7.310 y 7.355.

6.18. Con respecto a la parte b) de la solicitud de los Estados Unidos, el Grupo Especial se abstiene de introducir la modificación solicitada, es decir, de constatar que las certificaciones de los capitanes parecen asignarse en el "primer punto de descarga". La constatación del Grupo Especial **[[ICC⁸¹, ⁸²]]**. No obstante, para mayor claridad, hemos sustituido la palabra "producción"

⁷⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 242. **[[ICC]]**.

⁸⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 242.

⁸¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 241.

por las palabras "transformación en lomos", de manera que el texto del párrafo 7.370 refleje mejor las pruebas presentadas por los Estados Unidos.

6.19. Con respecto a la parte c) de la solicitud de los Estados Unidos, el Grupo Especial se abstiene de formular la constatación adicional solicitada por ese país. Hemos revisado los párrafos 7.356 a 7.359 para explicar más claramente por qué no estamos de acuerdo con la interpretación de las pruebas que hacen los Estados Unidos.

6.20. Además, México solicitó al Grupo Especial que formulara una constatación adicional sobre el sistema de seguimiento y verificación del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Concretamente, México pide al Grupo Especial que deje claro que los Estados Unidos "no son capaces de seguir los movimientos del atún ni su condición *dolphin safe* desde el momento de la captura hasta el punto de entrega a una fábrica de conservas no estadounidense y el posterior envío a los Estados Unidos".⁸³ Los Estados Unidos no están de acuerdo con las modificaciones sugeridas por México.

6.21. El Grupo Especial ha decidido revisar los párrafos 7.365 a 7.368 agregando la palabra "directamente" al texto sugerido por México; el Grupo Especial se ha ocupado de la afirmación de los Estados Unidos de que el texto propuesto por México era inexacto porque se supone que los propios importadores estadounidenses poseen la documentación necesaria para seguir el atún en sentido inverso hasta el punto de la captura. Señalamos que, en sus observaciones sobre esta solicitud, los Estados Unidos declararon que no se oponían a tres de las cuatro revisiones solicitadas por México.

6.2.6 Descripción por el Grupo Especial del argumento de México relativo al trato menos favorable

6.22. México solicitó al Grupo Especial que revisara su descripción del argumento mexicano contenida en los párrafos 7.104 y 7.105. Los Estados Unidos no apoyan esa solicitud y piden al Grupo Especial que la rechace. Según los Estados Unidos, en el párrafo original se describe debidamente el argumento de México.

6.23. El Grupo Especial ha decidido revisar esos párrafos. A su juicio, en la argumentación de México se ha distinguido en todo momento entre la manera en que los *criterios de admisibilidad diferentes*, por una parte, y las *prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes*, por la otra, tienen un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia del atún y los productos de atún mexicanos. En particular, a partir de su segunda comunicación escrita, México ha sostenido que mientras los criterios de admisibilidad tienen un efecto negativo directo en el atún y los productos de atún mexicanos al excluir en todo momento el atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta, las otras dos distinciones reglamentarias (las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes) tienen un efecto perjudicial en el atún y los productos de atún mexicanos indirectamente, por decirlo así, porque proporcionan "una ventaja competitiva ilegítima"⁸⁴ al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Esta ventaja ilegítima modifica *de facto* las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos.

6.24. México articuló esta distinción con la mayor claridad en su respuesta a una pregunta del Grupo Especial. México explicó que la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial en el atún y los productos de atún mexicanos porque⁸⁵:

- a. "se excluye permanentemente la utilización del principal método de pesca de México para capturar atún *dolphin safe*, mientras que se admite que los métodos de pesca empleados por los Estados Unidos y otros países se utilicen para capturar atún *dolphin safe*;

⁸² Cannery Slides on Tuna Trace Systems (Estados Unidos - Prueba documental 189) (ICC).

⁸³ Observaciones de México sobre el informe provisional, párrafo 14.

⁸⁴ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 147.

⁸⁵ Respuesta de México a la pregunta 9 del Grupo Especial, párrafo 36. México adujo otro tanto en su segunda comunicación escrita, párrafos 147 y 163; respuesta de México a la pregunta 7 del Grupo Especial, párrafos 19 y 21.

- b. el atún y los productos de atún de origen mexicano están sometidos a prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación amplias y rigurosas, que impiden que el atún no *dolphin safe* sea etiquetado como *dolphin safe*. En cambio, el atún y los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros países no están sometidos a esas prescripciones amplias y rigurosas. En consecuencia, el atún y los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros países pueden ser etiquetados erróneamente como *dolphin safe* cuando, de hecho, no son *dolphin safe*; y
- c. en el caso del atún mexicano, la designación inicial de la condición *dolphin safe* está sometida a prescripciones obligatorias en materia de observadores independientes en el lugar en que el atún se extrae del océano, lo cual impide que atún no *dolphin safe* se etiquete incorrectamente como *dolphin safe*. En el caso del atún procedente de los Estados Unidos y de otros países, no efectúan la designación inicial de la condición *dolphin safe* observadores independientes en el lugar en que el atún se extrae del océano, lo cual permite que el atún se etiquete incorrectamente como *dolphin safe*".

6.25. En el pasaje arriba citado se distingue claramente entre dos tipos de efecto perjudicial alegado: El primero, causado por los criterios de admisibilidad, coloca directamente al atún mexicano en una situación de desventaja al excluir el atún capturado mediante el principal método de pesca de atún de México del acceso a la etiqueta *dolphin safe*; y el segundo, causado por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes, coloca a los productos de atún mexicanos en una situación de desventaja al conceder una ventaja al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y, por lo tanto, modifica las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos.

6.26. A juicio del Grupo Especial, al distinguir entre el efecto perjudicial causado por los criterios de admisibilidad, por una parte, y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes, por la otra, México basa claramente su argumento en la idea de que las distinciones reglamentarias diferentes fueron causa de un trato perjudicial de maneras distintas y por razones distintas.

6.27. Por lo tanto, el Grupo Especial cree que el texto de los párrafos 7.104 y 7.105 y la interpretación del argumento de México que contienen son exactos y deben mantenerse. Sin embargo, el Grupo Especial ha introducido ciertas revisiones de la redacción para mayor claridad y ha completado también la cita solicitada por México.

6.2.7 Lances sobre delfines regulados y no regulados

6.28. México solicitó al Grupo Especial que modificara el texto del párrafo 7.577. Concretamente, México trata de que se incluyan palabras que indiquen que los lances sobre delfines son "especialmente dañinos" para esos animales "cuando no están regulados".

6.29. El Grupo Especial se abstiene de introducir las modificaciones solicitadas por México. Como hemos explicado en diversos lugares de este informe, entendemos que los lances sobre delfines son "especialmente dañinos" para esos animales porque, como método de capturar atún, requieren, para ser eficaces, que se "lancen redes" sobre delfines -es decir, que se los cace y se los cerque en todos y cada uno de los lances de pesca-. Como hemos explicado detalladamente en otro lugar, los lances sobre delfines causan daños observables y no observables. Aunque los daños observables, incluidas la mortalidad y las heridas graves, pueden contenerse mediante reglamentaciones, el Grupo Especial inicial dejó claro que los efectos no observables causados por la propia caza "existirían incluso si se adoptaran medidas para evitar la captura y la muerte de delfines en las redes".⁸⁶ Aunque es muy posible que los lances sobre delfines no regulados sean más peligrosos que los regulados -y esta es una cuestión que no necesitamos decidir- la inocuidad relativa de los lances sobre delfines regulados o no regulados, tal como la entendemos, no modifica el hecho de que los lances sobre delfines son especialmente dañinos para esos animales porque causan efectos no observados, más allá de la mortalidad y las heridas graves observables, que no pueden eliminarse mediante reglamentaciones que reduzcan la mortalidad y las heridas graves.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.504.

7 CONSTATAIONES

7.1 Alegaciones

7.1. México alega que la medida sobre el atún modificada es incompatible con las siguientes disposiciones de los acuerdos abarcados:

- a. el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque la medida sobre el atún modificada sigue dando a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos de atún similares de los Estados Unidos y a los productos de atún similares originarios de cualquier otro país;
- b. el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 porque la medida sobre el atún modificada sigue concediendo a los productos de atún originarios de otros países una ventaja que no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos de atún similares originarios de México;
- c. el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 porque la medida sobre el atún modificada sigue concediendo a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos de atún similares originarios de los Estados Unidos en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior.

7.2. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, México alegó también que la medida sobre el atún modificada era incompatible con el párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994 porque "anula o menoscaba las ventajas resultantes para México del GATT de 1994". Sin embargo, México no llevó adelante esta alegación en ninguna de sus comunicaciones al Grupo Especial, y, en consecuencia, el Grupo Especial no la trata en el presente informe.

7.2 Orden del análisis

7.3. Las partes no han solicitado al Grupo Especial que siga ningún orden del análisis determinado. En sus comunicaciones escritas, tratan las alegaciones de México al amparo del Acuerdo OTC en primer lugar y las alegaciones de México al amparo del GATT de 1994 en segundo lugar.

7.4. Es una norma arraigada que cuando:

[U]na disposición de un acuerdo incluido en el Anexo 1A del *Acuerdo sobre la OMC* ... y una disposición del GATT de 1994, que tienen idéntico alcance, se aplican ambas, ... debe examinarse en primer lugar la disposición del Acuerdo que se refiere a la cuestión específicamente y de forma detallada.⁸⁷

7.5. En el procedimiento inicial sobre esta cuestión, el Grupo Especial constató que⁸⁸:

[E]l Acuerdo OTC "trata específicamente y de forma detallada" los asuntos que aborda. Por lo tanto, si se presentan de forma paralela alegaciones al amparo del GATT de 1994 y alegaciones al amparo del Acuerdo OTC, se deben examinar en primer lugar estas últimas.

7.6. En su examen, el Órgano de Apelación examinó análogamente en primer lugar los argumentos de las partes relativos al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.7. A nuestro juicio, no hay ninguna razón para apartarse del enfoque del Grupo Especial inicial con respecto al debido orden del análisis. Por consiguiente, el Grupo Especial analizará en primer lugar la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y a

⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV*, párrafo 134.

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.43.

continuación examinará las alegaciones de ese país al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.8. Antes de examinar las alegaciones formuladas por México al amparo del Acuerdo OTC y el GATT de 1994, el Grupo Especial tratará dos cuestiones preliminares: en primer lugar, la medida en litigio y el alcance de este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21; y en segundo lugar, la carga de la prueba y la norma de la prueba aplicables en el presente asunto.

7.3 Parámetros del mandato del Grupo Especial: la medida en litigio y el alcance de este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21

7.9. El Grupo Especial recuerda que la conclusión del Órgano de Apelación sobre la incompatibilidad con la OMC de la medida sobre el atún se expresó en términos amplios. Efectivamente, la recomendación formulada en último término por el Órgano de Apelación al OSD se refería a la "medida" de los Estados Unidos - es decir, a la *totalidad* de la medida sobre el atún más que a un aspecto o elemento determinado de ella. En el párrafo 299 de su informe, el Órgano de Apelación concluyó expresamente que⁸⁹:

[L]as *disposiciones* de los Estados Unidos sobre el etiquetado "*dolphin safe*" otorgan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos de atún de los Estados Unidos y los productos de atún originarios de otros países, y por consiguiente son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

7.10. Al final de su informe, el Órgano de Apelación recomendó que el OSD pidiera a los Estados Unidos que "p[usier]an su *medida*" en conformidad con las normas de la OMC.⁹⁰

7.11. Como el Órgano de Apelación había indicado anteriormente que utilizaría las expresiones "medida en litigio", "medida de los Estados Unidos" y "las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado '*dolphin safe*'" para hacer referencia "colectivamente a los instrumentos jurídicos impugnados por México"⁹¹, es evidente que las conclusiones y recomendaciones del Órgano de Apelación estaban destinadas a aplicarse a la medida sobre el atún *en su totalidad*, incluidos todos sus componentes. Considérese, por ejemplo, la manera en que el Órgano de Apelación definió la medida en litigio en el procedimiento inicial⁹²:

La presente diferencia tiene su origen en una impugnación presentada por México contra determinados instrumentos jurídicos de los Estados Unidos por los que se establecen las condiciones para la utilización de una etiqueta "*dolphin safe*" en los productos de atún. En particular, México identificó como objeto de su impugnación los instrumentos jurídicos siguientes: El artículo 1385 del Título 16 del *United States Code* (la "Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines" o "DPCIA"); los artículos 216.91 y 216.92 del Título 50 del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos (el "reglamento de aplicación"); y una decisión judicial de un tribunal de apelación federal de los Estados Unidos en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth* (la "decisión judicial en el caso *Hogarth*"). Considerados conjuntamente, la DPCIA, el reglamento de aplicación y la decisión judicial en el caso *Hogarth* establecen las prescripciones para que los productos de atún vendidos en los Estados Unidos puedan ser etiquetados como "*dolphin safe*".

7.12. A nuestro juicio, es evidente que, al hacer referencia a las "disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe*", las conclusiones y recomendaciones del Órgano de Apelación estaban destinadas a aplicarse a la medida sobre el atún, *en su totalidad*.

⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 299. (sin cursivas en el original)

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 408. (sin cursivas en el original)

⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

⁹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 172.

7.13. Señalamos también que, en sus constataciones, el Órgano de Apelación dejó claro que había diversas maneras de que los Estados Unidos pusieran su medida en conformidad con la prescripción de imparcialidad establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC:

El Grupo Especial observó también que las propias disposiciones de la DPCIA prevén la posibilidad de que se demuestre que en una pesquería situada fuera del PTO "se producen de manera habitual e importante mortalidad y heridas graves de delfines", lo cual daría lugar a la aplicación a esa pesquería de un requisito de que se certifique que no se ha dado muerte ni se ha herido gravemente a ningún delfín durante la expedición en la que se capturó el atún.⁹³

No vemos error alguno en la evaluación del Grupo Especial. Observamos, además, que éste no afirmó en ninguna parte de su razonamiento que la imposición de un requisito de que un observador independiente certifique que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en el curso de las operaciones de pesca en las que se capturó el atún sería la *única* manera en que los Estados Unidos podrían adaptar sus disposiciones sobre el etiquetado "dolphin safe" en función de los riesgos que, según constató el Grupo Especial, planteaban las técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines.⁹⁴ A este respecto, observamos que la propia medida en litigio prevé la posibilidad de que en determinadas circunstancias sólo sea necesario que el capitán presente ese certificado.⁹⁵

Habida cuenta de lo anterior, concluimos que los Estados Unidos no han demostrado que la diferencia en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro, "se adapta" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del Océano. De ello se deduce que los Estados Unidos no han demostrado que el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Observamos, en particular, que la medida estadounidense aborda *plenamente* los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines en el PTO, mientras que "no se ocupa de la mortalidad (observada o no observada) debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO".⁹⁶ Dadas esas circunstancias no estamos persuadidos de que los Estados Unidos hayan demostrado que la medida es imparcial en los aspectos pertinentes, aun aceptando que la técnica de pesca mediante lances sobre delfines es especialmente dañina para esos animales.⁹⁷

7.14. En el procedimiento actual, con miras a cumplir las recomendaciones del OSD, los Estados Unidos han modificado su reglamento de aplicación, como se ha descrito en los párrafos 3.32 a 3.52 *supra*. Los Estados Unidos opinan que este cambio reglamentario es suficiente para poner su medida en conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD.

7.15. México ha iniciado la presente diferencia en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD aduciendo que la modificación no ha puesto la medida de los Estados Unidos en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de la OMC.

⁹³ (nota del original) Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.543.

⁹⁴ (nota del original) Señalamos, no obstante, que ese requisito puede ser apropiado en circunstancias en las que los delfines enfrenten riesgos mayores de mortalidad o heridas graves.

⁹⁵ (nota del original): Véase DPCIA, apartado 1385(d)(1)(D):

(D) por buques en una pesquería distinta de las descritas en los incisos (A), (B) o (C), en la cual, según haya identificado el Secretario, se produzcan de manera habitual e importante mortalidad o heridas graves de delfines, a menos que el producto vaya acompañado por una declaración escrita, otorgada por el capitán del buque y un observador participante en un programa nacional o internacional aceptable para el Secretario, de que en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín, *cuando el Secretario determine la necesidad de tal declaración de un observador.* (sin cursivas en el original)

⁹⁶ (nota del original) Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.544. Observamos que la medida en litigio sí aborda la pesca con redes de deriva en alta mar.

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 295-297.

7.16. El cometido de un grupo especial establecido en virtud del párrafo 5 del artículo 21 es "resolver[...]" las diferencias "en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir ... recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado". En el actual procedimiento, las partes no están de acuerdo sobre la identidad de la medida destinada a cumplir que, según los Estados Unidos, define el alcance del examen de este Grupo Especial sobre el cumplimiento.

7.17. México adopta un punto de vista amplio, aduciendo que la medida destinada a cumplir abarca lo que ambas partes denominan la "medida sobre el atún modificada". Hemos descrito anteriormente con cierto detalle la "medida sobre el atún modificada"; a los efectos actuales, recordamos simplemente que consiste en a) el artículo 1385 del Título 16 del *United States Code* (la legislación), b) el Título 50, parte 216, apartado H del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos, modificado por la norma definitiva de 2013 (el reglamento modificado o el reglamento) y c) la decisión judicial en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth* (la decisión judicial en el caso *Hogarth*).⁹⁸ Los Estados Unidos instan al Grupo Especial a que adopte un punto de vista más limitado. En su opinión, aunque los tres instrumentos identificados por México constituyen conjuntamente la "medida sobre el atún modificada", sólo la norma definitiva de 2013, adoptada en respuesta al procedimiento inicial con el objetivo de "po[nerse] en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD", es la medida destinada a cumplir, y, a juicio de los Estados Unidos, este Grupo Especial debe limitar el alcance de su examen a la medida que adoptaron para cumplir.⁹⁹

7.18. El Órgano de Apelación ha explicado que "[l]os procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 no tienen por objeto *cualquier* medida de un Miembro de la OMC, sino únicamente las 'medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD'".¹⁰⁰ Por consiguiente, un grupo especial establecido en virtud del párrafo 5 del artículo 21 no tiene libertad para examinar *cualquier* medida adoptada y mantenida por un Miembro de la OMC, sino que su competencia está limitada a evaluar las medidas adoptadas por un Miembro para "aplicar" las resoluciones y recomendaciones formuladas por el OSD en relación con *otra* medida preexistente que el OSD declaró anteriormente incompatible con la OMC, otra medida que, aunque es necesariamente pertinente para la indagación en virtud del párrafo 5 del artículo 21, es conceptualmente distinta.¹⁰¹

7.19. Comenzamos nuestro análisis recordando que lo que en un caso dado es una "medida destinada a cumplir" no está determinado exclusivamente por el Miembro que ha de aplicar las resoluciones y recomendaciones. La designación por un Miembro de una medida como medida destinada "a cumplir", o como una que no lo es, es pertinente en esa investigación, pero no puede ser concluyente. A la inversa, tampoco corresponde al Miembro reclamante por sí solo determinar qué constituye la medida destinada a cumplir. Antes bien, incumbe al propio grupo especial determinar el ámbito de su competencia.¹⁰² Esta determinación, como todas las efectuadas por un grupo especial, debe realizarse sobre la base de un examen objetivo de todos los hechos pertinentes.¹⁰³

7.20. En nuestra opinión, los Estados Unidos tienen razón cuando afirman que la norma definitiva de 2013 es, estrictamente hablando, su "medida destinada a cumplir". La norma definitiva de 2013 es, en palabras del Órgano de Apelación, precisamente el instrumento jurídico adoptado por los Estados Unidos "*orientad[o]* al cumplimiento" de las resoluciones y recomendaciones del OSD en el

⁹⁸ Primera comunicación escrita de México, párrafo 11.

⁹⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 13; véase también la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 4. En la reunión del Grupo Especial con las partes, los Estados Unidos confirmaron que, en su opinión, la medida destinada a cumplir es la norma de 2013 y no la medida sobre el atún modificada en su totalidad.

¹⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 36. (las cursivas figuran en el original)

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 36. (las cursivas figuran en el original)

¹⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 73. (las comillas figuran en el original)

¹⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 205.

procedimiento inicial "o *que tiene[...] por finalidad lograrlo*".¹⁰⁴ Como ya dijimos, al final del procedimiento inicial, el Órgano de Apelación constató que la "medida sobre el atún", definida como compuesta por la legislación, el reglamento y la resolución judicial en el caso *Hogarth*, era "incompatible[...] con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*".¹⁰⁵ La norma definitiva de 2013, que modifica aspectos del reglamento inicial, es la medida "destinada" por los Estados Unidos a corregir esa incompatibilidad con la OMC. Precisamente los Estados Unidos tratan de corregir la ilegalidad identificada por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación en la medida sobre el atún inicial *en su totalidad* mediante la introducción de determinados cambios en el reglamento incorporados en la norma definitiva de 2013. Como modificación reglamentaria, la norma definitiva de 2013 se integra en la medida sobre el atún inicial con el propósito preciso de corregir esa medida, que el OSD consideró incompatible con las disposiciones de la OMC.

7.21. En su calidad de nación soberana, los Estados Unidos tienen por supuesto libertad para ponerse en conformidad con una resolución del OSD de cualquier manera que elijan. Los grupos especiales han reconocido en repetidas ocasiones que "corresponde [al reclamante] determinar en primer lugar las modalidades de aplicación de [una] recomendación".¹⁰⁶ Efectivamente, en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD se reconoce que un Miembro puede ponerse en conformidad sobre la base de, y de acuerdo con, su "propósito en cuanto a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD". Así pues, la función de un grupo especial en un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 no consiste en determinar si la manera elegida por un Miembro para ponerse en conformidad es, en cualquier sentido, la "mejor" manera sino, más bien, en realizar una "evaluación objetiva"¹⁰⁷ de si el proceder realmente elegido por el Miembro demandado es suficiente para poner su medida en conformidad con el Acuerdo sobre la OMC.

7.22. Dicho esto, no creemos que la elección por un Miembro de la manera de ponerse en conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD limite o circunscriba necesariamente la competencia de un grupo especial constituido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD con el propósito de evaluar si se ha logrado el cumplimiento. A nuestro juicio, la cuestión dominante para un grupo especial de ese tipo es siempre si la medida que el OSD consideró incompatible con una o varias obligaciones resultantes del Acuerdo sobre la OMC se ha puesto en conformidad, de manera que ya no sea incompatible con la OMC. Así pues, cuando, por ejemplo, un Miembro modifica un aspecto o un elemento de una medida que anteriormente el OSD consideró incompatible con la OMC en su totalidad, un grupo especial que actúe en virtud del párrafo 5 del artículo 21 no está limitado a evaluar únicamente la compatibilidad con la OMC del aspecto o el elemento modificado, sino que su cometido sigue siendo evaluar si el Miembro ha puesto o no su medida completa -es decir, la medida que el OSD consideró incompatible con la OMC- en conformidad con las disposiciones de la OMC, incluso mediante la modificación efectuada en ese aspecto o elemento en particular o a través de esa modificación. En el actual procedimiento, el cometido del Grupo Especial es no sólo determinar si la norma definitiva de 2013 es en sí misma compatible con la OMC sino también, lo cual es más fundamental, evaluar si, mediante la norma definitiva de 2013, o a través de ella, los Estados Unidos han conseguido poner la medida sobre el atún en su totalidad, que es la medida que el Órgano de Apelación consideró incompatible con la OMC en el procedimiento inicial, en conformidad con el Acuerdo sobre la OMC.

7.23. De ello se deduce que nuestra constatación de que la "medida destinada a cumplir" es la norma definitiva de 2013 no impide en modo alguno al Grupo Especial considerar la cuestión más amplia de si las modificaciones de la medida inicial, incluida la nueva norma definitiva de 2013, están ahora en conformidad con la OMC. Ese cometido exige necesariamente que el Grupo Especial examine no sólo el contenido de la propia norma definitiva de 2013 sino también la manera en que

¹⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 66. (las cursivas figuran en el original)

¹⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 299.

¹⁰⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Acero laminado en caliente*, párrafo 8.11. Véanse también, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Chapas de acero*, párrafo 8.8 ("la elección de los medios de aplicación queda en primera instancia al arbitrio del Miembro de que se trate"); y el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafo 6.43 ("[L]os Miembros disponen de capacidad discrecional para poner una medida que se ha constatado que es incompatible con la OMC en conformidad con las obligaciones que les corresponden en la OMC.").

¹⁰⁷ Artículo 11 del ESD.

esa norma interactúa (o no interactúa) con los demás elementos que componen la medida sobre el atún modificada.

7.24. Por consiguiente, concluimos que nuestra función en este procedimiento no está limitada a evaluar la compatibilidad con la OMC de la norma definitiva de 2013. En lugar de ello, necesitamos determinar si la medida sobre el atún modificada, incluida la norma definitiva de 2013, pone a los Estados Unidos en conformidad con el Acuerdo sobre la OMC.¹⁰⁸

7.25. Una cuestión adicional, aunque relacionada con la anterior, que debemos tratar antes de pasar a examinar los fundamentos de la argumentación de México se refiere al alcance de los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 o, para decirlo de otra manera, al tipo de alegaciones que pueden formularse contra la norma definitiva de 2013 y la medida sobre el atún modificada con carácter más general. Según los Estados Unidos, "los informes en virtud del párrafo 5 del artículo 21 emitidos por el Órgano de Apelación y los grupos especiales han hecho sistemáticamente una distinción entre las alegaciones formuladas contra nuevos elementos de una medida destinada a cumplir y los elementos que *no han variado* con respecto a la medida inicial. Esos informes han constatado en repetidas ocasiones que el mandato de un grupo especial sobre el cumplimiento no incluye un nuevo examen de la compatibilidad con la OMC de un aspecto *que no haya variado* y que no se consideró incompatible con la OMC en esa diferencia".¹⁰⁹ Los Estados Unidos recuerdan que, como norma general, los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 no deben proporcionar a los reclamantes una "injusta segunda oportunidad con respecto a cualesquiera alegaciones cuyas que no prosperaron en el procedimiento inicial" ya que esa oportunidad sería incompatible tanto con la necesidad de "la pronta solución" de las diferencias¹¹⁰ como, lo cual es quizá más importante, con los derechos al debido proceso de los demandados.¹¹¹ Además, los Estados Unidos advierten de que, si se permitiera a México que impugnara aspectos de la medida sobre el atún modificada que no han variado, ello pondría en peligro el carácter definitivo de las resoluciones y recomendaciones del OSD y debilitaría la aceptación sin condiciones de los informes del Órgano de Apelación adoptados que exige a los Miembros el párrafo 14 del artículo 17 del ESD.¹¹²

7.26. Aplicando esos principios a los hechos del presente asunto, los Estados Unidos formulan el siguiente argumento en su primera comunicación escrita¹¹³:

La totalidad de la alegación de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 tiene como premisa la teoría de que por lo menos uno de los siguientes elementos no es imparcial: 1) la distinción entre la admisibilidad para utilizar la etiqueta *dolphin safe* de los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines de manera compatible con el APICD y atún capturado por otros métodos de pesca; 2) la distinción entre las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y

¹⁰⁸ El Grupo Especial señala que este enfoque es análogo al adoptado por el Grupo Especial (y no revocado por el Órgano de Apelación) en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*. En ese asunto, el Grupo Especial dejó claro que los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 del ESD no tienen un alcance limitado únicamente a las medidas expresamente destinadas a aplicar las resoluciones y recomendaciones del OSD. En lugar de ello, la competencia de los grupos especiales con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 se amplía para abarcar las medidas o los instrumentos "claramente relacionado[s]" e "indisolublemente vinculado[s]" con la medida adoptada en respuesta a una resolución desfavorable del OSD: informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafos 4.38-4.48. A nuestro juicio, se aplica aquí con igual fuerza el mismo razonamiento. La norma definitiva de 2013 puede considerarse "claramente relacionada" o "indisolublemente vinculada" con la medida sobre el atún en su totalidad porque, como hemos explicado más arriba, la norma definitiva de 2013 fue adoptada por los Estados Unidos precisamente para poner la medida sobre el atún en su totalidad en conformidad con la resolución del OSD de que esa medida (es decir, la medida sobre el atún en su totalidad) era incompatible con las obligaciones que correspondían a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC. Por consiguiente, la norma definitiva de 2013 no es autónoma sino que sólo adquiere un significado jurídico como parte de la medida sobre el atún modificada que, como hemos explicado, es la medida cuya compatibilidad con la OMC tenemos el cometido de tratar en este procedimiento.

¹⁰⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 170.

¹¹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 170 y 208 (donde se aduce que, si se permitiera a los Miembros impugnar en los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 aspectos de una medida que no hayan variado, de hecho se les "permitiría formular y formular de nuevo argumentos una y otra vez - sin ningún límite").

¹¹¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 171 y 207.

¹¹² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 208.

¹¹³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 204 y 205.

verificación diferentes que se exigen en el caso del atún capturado dentro y fuera del PTO; y 3) la distinción entre las prescripciones diferentes en materia de observadores en el caso de los buques atuneros que actúan dentro y fuera del PTO. Según México, si cualquiera de estos tres elementos no es imparcial, los efectos perjudiciales cuya existencia ya se constató en el procedimiento inicial reflejarían la existencia de discriminación, y la alegación de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 prosperaría.

Sin embargo, esos tres elementos no han variado con respecto a la medida inicial, y el Órgano de Apelación no consideró que ninguno de ellos demostrara que la medida inicial fuera discriminatoria. La única distinción reglamentaria que el Órgano de Apelación constató que no era imparcial fue la prescripción de que los productos de atún que contienen atún capturado en el PTO no reúnen las condiciones para utilizar la etiqueta cuando se ha dado muerte o se ha herido gravemente a un delfín, pero los productos de atún que contienen atún capturado fuera del PTO pueden llevar la etiqueta cuando se ha dado muerte o herido gravemente a un delfín. Y ésta es la distinción que aborda la norma definitiva de 2013.

7.27. Esencialmente, el argumento de los Estados Unidos es que los tres elementos o aspectos de la medida sobre el atún modificada en que México basa sus alegaciones -las prescripción de admisibilidad para utilizar la etiqueta *dolphin safe* o la denominada distinción admisión/exclusión¹¹⁴, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes¹¹⁵ y las prescripciones diferentes en materia de observadores o certificación¹¹⁶- no han variado con respecto a la medida inicial y que, como el Órgano de Apelación no constató que ninguno de esos elementos fuera incompatible con las disposiciones de la OMC en el procedimiento inicial, México no puede formular alegaciones sobre ellos en el presente procedimiento.

7.28. Para apoyar su argumento sobre el alcance de las resoluciones y recomendaciones del Órgano de Apelación, los Estados Unidos citan los párrafos 289 a 292 y 298 del informe del Órgano de Apelación. En el párrafo 298, el Órgano de Apelación dijo lo siguiente:

[A] nuestro juicio, los Estados Unidos no han justificado que no sean discriminatorias con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 las distintas prescripciones que aplican al atún capturado mediante lances sobre delfines dentro del PTO y al atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO para tener acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" estadounidense.

7.29. Anteriormente, en el párrafo 284, el Órgano de Apelación constató que:

El aspecto de la medida que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos es, por tanto, la diferencia en las condiciones para etiquetar productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro.

7.30. Según los Estados Unidos, estas declaraciones demuestran que el Órgano de Apelación sólo criticó la prescripción en materia de certificación diferente impuesta en el caso del atún capturado mediante lances sobre delfines, por una parte, y en el caso del atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por la otra. "Por consiguiente, no consideró que ninguna de las otras numerosas distinciones reglamentarias contenidas en la medida inicial" -concretamente, las relativas al seguimiento, la verificación y los observadores- "demostrara que la medida era discriminatoria".¹¹⁷

7.31. México rechaza el argumento de los Estados Unidos sobre la competencia del Grupo Especial por varias razones conexas. En primer lugar, sostiene que las constataciones del Órgano de Apelación -y, por consiguiente, las resoluciones y recomendaciones del OSD- fueron "generales" y se aplicaban a las "disposiciones sobre el etiquetado '*dolphin safe*'" consideradas en su

¹¹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 4 del Grupo Especial, párrafo 14.

¹¹⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 4 del Grupo Especial, párrafo 15.

¹¹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 4 del Grupo Especial, párrafo 16.

¹¹⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 213.

"totalidad".¹¹⁸ En segundo lugar, México afirma que la medida sobre el atún modificada es "en principio, una medida nueva y distinta" de la que tuvieron ante sí el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación¹¹⁹ y que, por consiguiente, "el Grupo Especial debe centrarse en [la medida] en su totalidad y no [en] los elementos que la componen".¹²⁰ Por último, México aduce que los Estados Unidos no tienen razón al decir que ciertos aspectos de la medida sobre el atún modificada "no han variado". Según México, se han introducido de hecho cambios importantes en las disposiciones de la medida relativas al seguimiento y la verificación y a la cobertura por observadores.¹²¹

7.32. En nuestra opinión, es incorrecta la premisa fundamental de los Estados Unidos: que "[l]a única distinción reglamentaria que el Órgano de Apelación constató que no era imparcial fue la prescripción de que los productos de atún que contienen atún capturado en el PTO no reúnen las condiciones para utilizar la etiqueta cuando se ha dado muerte o se ha herido gravemente a un delfín, pero los productos de atún que contienen atún capturado fuera del PTO pueden llevar la etiqueta cuando se ha dado muerte o se ha herido gravemente a un delfín"¹²², y que el Órgano de Apelación no constató que ningún otro aspecto de la medida fuera incompatible con la OMC. Ni el informe del Grupo Especial inicial ni el informe del Órgano de Apelación están limitados de la manera que indican los Estados Unidos.

7.33. En lugar de ello, el Órgano de Apelación constató que la medida sobre el atún inicial en su totalidad no era imparcial porque, aunque el sistema reglamentario trataba plenamente los daños causados por los lances sobre delfines, no trataba suficientemente los daños causados por otros métodos de pesca de atún. El Órgano de Apelación no dijo que ningún elemento concreto del sistema reglamentario impuesto a los buques distintos de los buques que utilizaban redes de cerco en el PTO fuera exclusivamente responsable de esa falta de imparcialidad. Antes bien, todo el sistema reglamentario era insuficiente para abordar lo que el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación consideraron los riesgos muy reales que representaban para los delfines los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines. Lo que el Órgano de Apelación constató que era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC fue esa falta general de "imparcialidad" y, tal como interpretamos las razones del Órgano de Apelación, en último término se constató que esa falta de "imparcialidad" era característica de todo el sistema establecido por la medida sobre el atún inicial. En otros términos, lo que se constató que era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC fue la medida sobre el atún en su totalidad, con sus prescripciones reglamentarias variables.

7.34. Hemos explicado ya que la recomendación del Órgano de Apelación al OSD se refiere a la "medida" de los Estados Unidos -es decir, a toda la medida sobre el atún y no a un aspecto o elemento concreto de ésta-. Como se señaló anteriormente, en el párrafo 299 de su informe el Órgano de Apelación llegó explícitamente a la conclusión de que "las *disposiciones* de los Estados Unidos sobre el etiquetado 'dolphin safe' otorgan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos de atún de los Estados Unidos y los productos de atún originarios de otros países, y por consiguiente son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC"¹²³; y al final de su informe, el Órgano de Apelación recomendó que el OSD pidiera a los Estados Unidos que "p[usieran] su *medida*" en conformidad con las disposiciones de la OMC.¹²⁴

7.35. No estamos de acuerdo en que los pasajes del informe del Órgano de Apelación citados por los Estados Unidos respalden la afirmación de ese país. Por el contrario, al mencionar en plural "la diferencia en las condiciones para etiquetar productos" (párrafo 284) y "distintas prescripciones" (párrafo 298), entendemos que el Órgano de Apelación se refirió en general a las prescripciones diferentes que la medida sobre el atún imponía, por una parte, al atún capturado por grandes buques de cerco dentro del PTO y, por otra parte, al atún capturado en lugares distintos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.

¹¹⁸ Segunda comunicación escrita de México, párrafos 89 y 91.

¹¹⁹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 89.

¹²⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 93.

¹²¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 95.

¹²² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 205. (sin cursivas en el original)

¹²³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 299. (sin cursivas en el original)

¹²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 408. (sin cursivas en el original)

7.36. Observamos que el Órgano de Apelación cuidó de utilizar el plural en todo su razonamiento, incluidas sus constataciones jurídicas y sus conclusiones generales. Así, bajo el epígrafe "Conclusión en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*", el Órgano de Apelación dijo lo siguiente:

[A] nuestro juicio, los Estados Unidos no han justificado que no sean discriminatorias con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 las distintas prescripciones que aplican al atún capturado mediante lances sobre delfines dentro del PTO y al atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO para tener acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" estadounidense. En consecuencia, los Estados Unidos no han demostrado que el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.37. De nuevo aquí, el Órgano de Apelación utilizó el término "prescripciones" en plural. A nuestro juicio, esto indica claramente que el Órgano de Apelación no se refería únicamente a la certificación diferente exigida en el PTO y fuera de él. Si hubiera sido así, el Órgano de Apelación habría podido referirse a la "prescripción" distinta en singular, y efectivamente lo habría hecho. La utilización del plural indica que las constataciones del Órgano de Apelación no se limitaban a la diferencia en la prescripción en materia de certificación, sino que abarcaban otras diferencias previstas en la medida sobre el atún inicial, incluidas las relativas al seguimiento, la verificación y los observadores.¹²⁵

7.38. Es cierto que el razonamiento del Órgano de Apelación se centró principalmente en la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Esto puede muy bien haber sido una consecuencia de la manera en que las partes argumentaron el asunto. En cualquier caso, como dijo el Japón en su comunicación en calidad de tercero, el intento de los Estados Unidos de limitar la competencia de este Grupo Especial confunde "la conclusión del Órgano de Apelación con las razones concretas que proporcionaron la base de esa conclusión".¹²⁶ Esas razones ocupan naturalmente un lugar central en nuestro análisis en el presente procedimiento, pero no restringen nuestra capacidad de considerar alegaciones relativas a otros aspectos de la medida sobre el atún que, en virtud de las amplias conclusiones del Órgano de Apelación, tenemos debidamente ante nosotros. Como dijo el Japón en su comunicación en calidad de tercero, "en tanto en cuanto la medida modificada siga concediendo un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos" -ya sea por las razones identificadas por el Órgano de Apelación o por cualquier otra razón- "los Estados Unidos no habrán cumplido plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD".¹²⁷

7.39. En nuestra opinión, México tiene razón cuando dice que, aunque las condiciones que la medida sobre el atún modificada impone al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO pueden no haber variado formalmente, la norma definitiva de 2013 puede haber alterado la *importancia y el significado jurídicos* de esas condiciones, lo cual quiere decir que no podemos suponer simplemente que los aspectos pertinentes de la medida no han variado verdaderamente -es decir, en un sentido jurídicamente significativo-. De hecho, en anteriores informes de grupos

¹²⁵ Señalamos que, en su razonamiento, el Órgano de Apelación hizo referencia al "atún capturado mediante lances sobre delfines" en el PTO. No obstante, observamos también que el atún capturado mediante lances sobre delfines no reúne en ningún momento y en ninguna circunstancia las *condiciones* para recibir la etiqueta *dolphin safe*. No se puede decir que ese atún esté sujeto a "condiciones de etiquetado" o "prescripciones" a ese respecto, ya que no hay condiciones ni prescripciones con arreglo a las cuales ese atún pueda reunir en algún momento las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos. Por consiguiente, al hacer referencia al "atún capturado mediante lances sobre delfines", entendemos que el Órgano de Apelación se refería a todo el régimen reglamentario por el que se identifica y se excluye del acceso a la etiqueta el atún capturado mediante lances sobre delfines. El régimen incluye necesariamente no sólo la prescripción sustantiva en materia de certificación, sino también las diversas obligaciones en materia de documentación que las respaldan. Sólo en virtud de esas obligaciones -de seguimiento, verificación y presencia de observadores- pueden los importadores de atún demostrar que han satisfecho el criterio sustantivo (es decir, que no se lanzaron deliberadamente redes sobre delfines y que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín). Por lo tanto, las diferencias en las prescripciones en materia de etiquetado comprenden tanto el criterio sustantivo de certificación como los mecanismos por los que se vigila y se demuestra el cumplimiento de ese criterio. Esta interpretación del razonamiento del Órgano de Apelación es compatible con su constatación general en la que, como hemos dicho, se constató que la "medida" sobre el atún inicial en su totalidad era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

¹²⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafo 20.

¹²⁷ Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafo 19.

especiales y del Órgano de Apelación se ha indicado que, en casos como el presente, cuando una medida que se ha declarado incompatible en el procedimiento inicial se revisa en lugar de derogarse o redactarse de nuevo completamente, esa revisión "transforma" la medida inicial, de tal manera que la medida modificada "en su integridad"¹²⁸ se considera debidamente una "medida nueva y distinta".¹²⁹ Por consiguiente, aunque las prescripciones en materia de seguimiento, verificación y certificación (observadores) que se aplican al atún capturado en el PTO pueden no haber variado formalmente, la introducción de la norma definitiva de 2013 ha creado un nuevo conjunto de relaciones jurídicas entre las diversas partes de la medida sobre el atún modificada, de manera que incluso los elementos que no han variado formalmente pueden, en el contexto de la medida modificada, establecer un nuevo conjunto de circunstancias jurídicas, por lo que sería incorrecto considerar que "no han variado" desde el punto de vista jurídico.

7.40. Rechazamos también la afirmación de los Estados Unidos de que los argumentos de México relativos a las prescripciones diferentes en materia de seguimiento y verificación y de observadores "son claramente separables de la medida estadounidense destinada a cumplir". La medida estadounidense destinada a cumplir (es decir, la norma definitiva de 2013) está directamente relacionada con las declaraciones o certificaciones sustantivas que deben hacerse antes de que una captura de atún pueda etiquetarse como *dolphin safe*. No obstante, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y de observadores apuntan directamente a la cuestión de la fiabilidad de esas certificaciones. En tanto en cuanto el propósito de la medida sobre el atún sigue siendo, entre otras cosas, el suministro de información exacta a los consumidores, los mecanismos de seguimiento y verificación son aspectos centrales de la medida sobre el atún, que actúan conjuntamente con las prescripciones sustantivas en materia de certificación a fin de proporcionar a los consumidores información exacta acerca de la condición *dolphin safe* de una captura de atún determinada. Además, señalamos que la propia norma de 2013 trata situaciones en las que puede requerirse una certificación de un observador independiente. En otros términos, trata directamente un aspecto de la medida que, según alegan los Estados Unidos, es "separable".¹³⁰ En esas circunstancias, no podemos estar de acuerdo en que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son "separables" de las reglas relativas a la certificación contenidas en la norma definitiva de 2013.

7.41. En resumen, no estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que la norma definitiva de 2013 es separable del resto de la medida sobre el atún simplemente porque no modifica ninguna prescripción preexistente sino que, en cambio, agrega nuevas prescripciones. A nuestro juicio, la norma definitiva de 2013 no es una medida autónoma sino parte integrante de la medida sobre el atún modificada. En tanto en cuanto interactúa con esa medida y, en realidad, es parte integrante de ella, el hecho de que agregue nuevas prescripciones en lugar de modificar las preexistentes carece de importancia e indudablemente no tiene el efecto de hacer que el resto de la medida sobre el atún, que fue el objeto de las resoluciones y recomendaciones del OSD, quede fuera de nuestra competencia.¹³¹

7.42. Al constatar que tenemos competencia para examinar todas las alegaciones de México, no queremos decir que poseamos la facultad de reexaminar *de novo* todas las circunstancias fácticas y jurídicas del asunto. Estamos totalmente de acuerdo con la Unión Europea en que, cuando el grupo especial inicial o el Órgano de Apelación han formulado una constatación sobre la base de determinados hechos y pruebas, y cuando no se han modificado los hechos y/o las pruebas en que se basó esa constatación, no debemos evaluar de nuevo la cuestión desde el principio, sino, más bien, remitirnos a la constatación anteriormente formulada y basarnos en ella.¹³² Esto no equivale a decir, como lo hacen los Estados Unidos, que esos puntos están fuera de nuestra competencia.

¹²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones* (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia), párrafo 87.

¹²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero* (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 432; informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves* (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil), párrafo 36.

¹³⁰ Véase, por ejemplo, la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 4 del Grupo Especial, párrafo 16.

¹³¹ De hecho, como hemos indicado más arriba, en situaciones como la que se plantea en este asunto, la línea que separa la adición de nuevas prescripciones a un sistema reglamentario de la modificación de aspectos preexistentes de ese sistema es muy sutil y quizá ilusoria, ya que, cuando un instrumento agrega nuevas prescripciones, tendrá necesariamente el efecto de modificar las prescripciones preexistentes, ya que estas últimas interactuarán con las primeras.

¹³² Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero, párrafo 21.

Antes bien, nuestra opinión es que esas cuestiones sí están comprendidas en nuestra competencia pero que debemos respetar las constataciones pertinentes formuladas por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, ya sean esas constataciones fácticas o jurídicas, con objeto de mantener la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio.

7.43. A la luz de lo que antecede, concluimos que la cuestión jurídica que se nos ha sometido en este procedimiento es si la medida sobre el atún modificada, incluida la norma definitiva de 2013, pone a los Estados Unidos en conformidad con las normas de la OMC. Constatamos que tenemos competencia para examinar todas las alegaciones de México, incluso en lo que se refieren a los criterios de admisibilidad y a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.

7.4 Carga de la prueba y norma de la prueba aplicables en el presente procedimiento

7.4.1 Carga de la prueba

7.44. Como punto de partida, recordamos el principio fundamental de que¹³³:

[L]a carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.

7.45. En las diferencias relativas al GATT de 1994 en las que se invoca el artículo XX, corresponde a la parte reclamante demostrar que se han infringido una o varias disposiciones de ese Acuerdo. Si el reclamante consigue hacerlo, la carga se desplaza al demandado, que debe refutar la demostración de la existencia de una infracción o si no demostrar que la infracción constatada está, sin embargo, justificada al amparo de una de las excepciones generales o relativas a la seguridad previstas en los artículos XX y XXI.

7.46. No obstante, la debida asignación de la carga de la prueba de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC parece estar algo menos clara. Asegurarnos de que aplicamos la debida carga de la prueba es especialmente importante en este procedimiento porque, como reconocen ambas partes, las pruebas fácticas pertinentes son muy cuestionadas y, en lo relativo a algunas de las cuestiones en litigio, son mínimas. En particular, parece haber testimonios científicos limitados acerca del alcance y la naturaleza de la mortalidad de delfines en algunas pesquerías no situadas en el PTO¹³⁴, lo cual puede tener importantes consecuencias para el análisis del Grupo Especial.

7.47. Comenzamos recordando que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2, se considerará que un reglamento técnico concede "un trato menos favorable" a los productos importados cuando a) modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados, y b) esa modificación de las condiciones de competencia que obra en detrimento de los productos importados no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Examinamos la prueba jurídica establecida en el marco del párrafo 1 del artículo 2 con mayor detalle más adelante.¹³⁵ Por ahora, lo que debemos considerar es qué parte asume la carga de demostrar *cuál* de esos dos elementos.

7.48. El Órgano de Apelación ha abordado explícitamente a la asignación de la carga de la prueba de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En primer lugar, en el procedimiento inicial sobre este asunto, el Órgano de Apelación dijo lo siguiente:

En el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el reclamante debe probar su alegación demostrando, entre otras cosas, que el trato que se da a los productos importados es "menos favorable" que el otorgado a productos nacionales similares o a productos similares originarios de cualquier otro país. Si logra hacerlo, por ejemplo

¹³³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

¹³⁴ R. Charles Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries in the Central and Western Indian Ocean* (IPNLF), Technical Report N° 2, 2014) (México - Prueba documental 161), página 39.

¹³⁵ Véase la sección 7.5.1 *infra*.

presentando pruebas y argumentos suficientes para demostrar que la medida no es imparcial, ello sugeriría que esa medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2. Sin embargo, si el demandado demuestra que el efecto perjudicial para los productos importados deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, de ello se deduce que la medida impugnada no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.¹³⁶

7.49. En *Estados Unidos - EPO*, el Órgano de Apelación se refirió de nuevo a la carga de la prueba de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2, explicando que:

[C]omo ocurre con todas las alegaciones afirmativas, incumbe a la parte reclamante demostrar que el trato dado a los productos importados es menos favorable que el otorgado a los productos nacionales similares. Una vez que la parte reclamante ha satisfecho la carga de establecer la presunción *prima facie*, corresponde a parte demandada refutar esa presunción. Si, por ejemplo, el reclamante presenta pruebas y argumentos que demuestren que la medida se ha diseñado y/o se aplica de manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado del grupo de productos importados y por tanto no es imparcial, ello sugeriría que la medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2. Sin embargo, si el demandado demuestra que el efecto perjudicial para los productos importados deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, de ello se deduce que la medida impugnada no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.¹³⁷

7.50. Entendemos que estos pasajes indican que corresponde al reclamante la carga de demostrar que una medida impugnada modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente (es decir, en el mercado pertinente del Miembro demandado) en detrimento de los productos procedentes del Miembro reclamante.¹³⁸ Como se señaló más arriba *siempre* debe satisfacerse este criterio antes de que se pueda constatar la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo 2, con independencia de si se alega que esa infracción es *de facto* o *de jure*. Lo que nos parece menos claro es si corresponde al reclamante o al demandado la carga de demostrar, en primer lugar, que el efecto perjudicial establecido por el reclamante deriva (o no deriva) exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima porque es (o no es) imparcial.¹³⁹

7.51. Nuestra incertidumbre se debe a la siguiente razón. En los pasajes arriba citados, el Órgano de Apelación indicó que se espera que el reclamante acredite *prima facie* que la medida impugnada "se ha diseñado y/o se aplica de manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado del grupo de productos importados y por tanto no es imparcial", pero que, una vez que lo hace, la carga se desplaza al demandado, que debe demostrar que el efecto perjudicial deriva de hecho exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. No obstante, el Órgano de Apelación ha explicado también que, cuando se analiza si el trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial debe considerar cuidadosamente si ese trato "refleja una discriminación", lo cual es "en último término [una cuestión de] si la medida es imparcial".¹⁴⁰ En particular, aunque parece evidente que el reclamante debe demostrar la existencia de un trato perjudicial, para nosotros no está totalmente claro si el reclamante debe demostrar *también* que ese trato no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima o si, en cambio, es el *demandado* quien debe acreditar *prima facie* que el trato perjudicial *sí* deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En otros términos, ¿corresponde al reclamante la carga de demostrar en primer término que se satisfacen los pasos a) y b) de la prueba establecida en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC o el reclamante sólo debe satisfacer el paso a), tras de lo cual se desplaza al demandado la carga de satisfacer el paso b)?

¹³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 216.

¹³⁷ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 272.

¹³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215.

¹³⁹ En relación con esto, y como analizamos con mayor detalle en nuestro examen de la prueba jurídica establecida en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, señalamos que, por lo menos en los casos en que el trato perjudicial es *de facto*, el grupo especial debe pasar a examinar si ese trato deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en lugar de reflejar una discriminación: véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.

¹⁴⁰ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 328.

7.52. En sus esfuerzos por determinar la debida asignación de la carga de la prueba de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial pidió a las partes y a los terceros que formularan observaciones sobre los pasajes de los informes del Órgano de Apelación arriba citados.¹⁴¹ Los Estados Unidos y México estuvieron de acuerdo en que "corresponde inicialmente al reclamante la carga de establecer una presunción *prima facie* con respecto a todos los elementos de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2" y en que esto significa que "el reclamante está obligado a acreditar *prima facie* que: i) la medida en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados frente a los productos nacionales y los productos similares originarios de cualquier otro Miembro y ii) que ese efecto perjudicial refleja una discriminación contra los productos importados y, por tanto, no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".¹⁴²

7.53. Es interesante el hecho de que varios terceros se declararon en desacuerdo con las partes e indicaron que la carga de la prueba debía asignarse en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC de manera que reflejara la asignación en el marco del párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994.¹⁴³

7.54. El Canadá consideró que los pasajes arriba citados "no proporcionan una indicación clara de a quién corresponde inicialmente la carga de la prueba".¹⁴⁴ Después de examinar la manera en que la carga de la prueba se asigna en el marco del párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994 y recordando la estrecha relación que encontró el Órgano de Apelación entre esas dos disposiciones y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Canadá sostuvo que "[n]o hay una razón lógica o conceptual para que ese equilibrio no se refleje también en la asignación de la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo 2. Además, ni en el texto ni en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 hay nada que se oponga a ese enfoque interpretativo".¹⁴⁵ Por lo tanto, el Canadá concluyó que, en el contexto de:

[U]na alegación de trato menos favorable al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, es razonable prever que corresponda a la parte reclamante la carga de acreditar *prima facie* que el reglamento técnico modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos similares importados. Cuando la parte reclamante ha satisfecho la carga de establecer su presunción *prima facie*, correspondería a la parte demandada refutar esa presunción

¹⁴¹ Pregunta 58 del Grupo Especial. En esta pregunta, el Grupo Especial citó los pasajes de los asuntos *Estados Unidos - Atún II (México)* y *Estados Unidos - EPO* arriba citados y pidió a las partes que explicaran "las consecuencias de [esas declaraciones] para la asignación de la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".

¹⁴² Respuesta de México a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 157. Véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafos 284 y 285. Véanse también las observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 192 ("México y los Estados Unidos parecen estar de acuerdo en que corresponde inicialmente a México la carga de establecer una presunción *prima facie* con respecto a todos los elementos de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. No hay desacuerdo en que México debe aducir pruebas y argumentos suficientes para establecer una presunción de que, en primer lugar, la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún importados de México frente a los productos de atún similares de origen estadounidense o los productos de atún similares originarios de cualquier otro país, y, en segundo lugar, este efecto perjudicial refleja una discriminación arbitraria o injustificada porque, por ejemplo, la medida en litigio se ha diseñado o se aplica de manera que carece de imparcialidad. Además, las partes parecen estar de acuerdo en que se desplaza entonces a los Estados Unidos la carga de aducir pruebas y argumentos suficientes para refutar la presunción *prima facie* establecida por México"); observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de México a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 122 ("México está correctamente de acuerdo con los Estados Unidos en que corresponde inicialmente al reclamante la carga de establecer una presunción *prima facie* con respecto a todos los elementos de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC") (no se reproducen las citas internas).

¹⁴³ Aunque algunos terceros sí estuvieron de acuerdo con las partes: véanse, por ejemplo, la respuesta de Australia a la pregunta 58 del Grupo Especial; y la respuesta del Japón a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 4 (reconociendo, no obstante, que "hay consideraciones rivales que sugieren asignaciones distintas de la carga de la prueba": párrafo 3).

¹⁴⁴ Respuesta del Canadá a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 1.

¹⁴⁵ Respuesta del Canadá a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 4.

prima facie demostrando que el efecto perjudicial está justificado porque deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.¹⁴⁶

7.55. Análogamente, la Unión Europea observó en su respuesta que "al interpretar y aplicar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en caso de una alegación de incumplimiento *de facto* de la obligación de trato nacional, debe tenerse presente que el equilibrio establecido en esa disposición no es distinto del establecido en el párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT" y, por lo tanto, concluyó que "en algunos aspectos, la carga de la prueba recaerá en el Miembro demandado, al igual que lo hace en el marco del GATT".¹⁴⁷

7.56. Noruega, después de recordar que "el criterio jurídico establecido en el párrafo 1 del artículo 2 refleja el mismo equilibrio que las dos disposiciones del GATT"¹⁴⁸ -es decir, el párrafo 4 del artículo III y el artículo XX- concluyó que "se aplican al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC la misma carga de la prueba y el mismo orden de desplazamiento de esa carga" que al párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994.¹⁴⁹

7.57. Por último, Nueva Zelandia creía también que, aunque la "parte reclamante debe aducir pruebas suficientes para establecer la presunción de que la medida tiene un efecto perjudicial en las condiciones en que los productos importados compiten con los productos nacionales similares en el mercado del Miembro regulador"¹⁵⁰, no obstante, una vez que esto se ha probado, "corresponde a la parte demandada la carga de demostrar si cualquier efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".¹⁵¹

7.58. Tenemos presente que puede haber razones sistémicas que favorezcan un enfoque de la carga de la prueba que exija que el reclamante acredite *prima facie* que una medida modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de sus productos similares (es decir, los productos similares del reclamante), pero que haga recaer la carga de demostrar que ese efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en el Miembro demandado. Por ejemplo, puede surgir la preocupación de que exigir al reclamante que demuestre, en primer lugar, *tanto* que una medida tiene un efecto perjudicial en sus productos similares *como* que ese efecto no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima podría tener la consecuencia no deseable de desalentar la formulación de alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Esto ocurriría porque los reclamantes pueden decidir no formular una alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC si creen que pueden obtener esencialmente el mismo resultado (es decir, una constatación de la existencia de un trato menos favorable) al amparo del GATT de 1994 sin tener que demostrar tantos hechos.

7.59. A pesar de estas consideraciones, dado que en el presente procedimiento ambas partes están de acuerdo en que corresponde a México la carga de acreditar *prima facie* *tanto* que la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado de los Estados Unidos en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos *como* que ese trato perjudicial refleja la existencia de discriminación porque no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no es imparcial, hemos decidido adoptar ese enfoque en el resto de nuestro informe. El Grupo Especial es consciente de que no está limitado por las interpretaciones jurídicas ofrecidas por las partes o los terceros.¹⁵² No obstante, en el contexto del presente procedimiento, en el que el propio México ha afirmado que le corresponde la carga más

¹⁴⁶ Respuesta del Canadá a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 6. El Canadá continuó diciendo lo siguiente: "Cuando la parte demandada consigue demostrar, basándose en una presunción *prima facie*, que el efecto perjudicial está justificado porque deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, la carga volvería a la parte reclamante, que tendría que demostrar que la distinción reglamentaria no es imparcial, por ejemplo, porque se ha diseñado y/o se aplica de manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado."

¹⁴⁷ Resumen integrado de la Unión Europea, párrafo 35.

¹⁴⁸ Respuesta de Noruega a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 7.

¹⁴⁹ Respuesta de Noruega a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 8. Véase también el párrafo 10 ("Noruega entiende que las declaraciones del Órgano de Apelación citadas en la pregunta del Grupo Especial explican que la carga en el marco del párrafo 1 del artículo 2 debe asignarse de manera muy parecida a como se hace en el marco del párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994").

¹⁵⁰ Respuesta de Nueva Zelandia a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 3.

¹⁵¹ Respuesta de Nueva Zelandia a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 4.

¹⁵² Informe del Órgano de Apelación, CE - Preferencias arancelarias, párrafo 105 ("De conformidad con el principio *jura novit curia*, las [partes] no tienen que proporcionarnos la interpretación jurídica que se ha de hacer de una disposición particular").

pesada de acreditar *prima facie* que se satisfacen tanto la primera parte como la segunda de la prueba del "trato menos favorable" establecida en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, nos parece prudente seguir ese enfoque. No obstante, si en algún momento de nuestro análisis consideramos que la asignación de la carga de la prueba de una manera diferente conduciría o podría conducir a un resultado distinto, lo indicaremos en nuestras razones a fin de asegurarnos de que el Órgano de Apelación disponga de constataciones fácticas suficientes en caso de que este asunto sea objeto de apelación.

7.4.2 Norma de la prueba

7.60. Llegados a este punto, es útil decir unas palabras sobre la norma de la prueba ya que, en diversos lugares de sus comunicaciones, los Estados Unidos acusan a México de no proporcionar pruebas para respaldar sus argumentos acerca del posible funcionamiento de la medida sobre el atún modificada.¹⁵³ En particular, los Estados Unidos señalan que los argumentos de México sobre la posibilidad de que el atún que no sea *dolphin safe* tenga fraudulentamente acceso a la etiqueta *dolphin safe* con arreglo a la medida sobre el atún modificada se basan en una "mera alegación".¹⁵⁴ El Grupo Especial tratará a continuación las pruebas presentadas por ambas partes en el contexto de la evaluación del fundamento de las alegaciones de México y a la luz de la asignación de la carga de la prueba arriba examinada. Por ahora, el Grupo Especial señala un pequeño número de puntos de carácter general.

7.61. El Órgano de Apelación ha explicado que, como principio general, "la cuantificación precisa y la determinación del tipo de pruebas que se necesitará para establecer ... [una] presunción [*prima facie*] variará necesariamente para cada medida, para cada disposición y para cada caso".¹⁵⁵ También ha dejado claro en numerosas ocasiones que los grupos especiales gozan de un importante grado de discrecionalidad para sopesar y analizar las pruebas y que esa discrecionalidad comprende la prerrogativa tanto de "decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones"¹⁵⁶ como "de determinar cuánto peso atribuye a los distintos elementos de prueba que le presentan las partes".¹⁵⁷ En último término, es el Grupo Especial el que tiene autoridad para decidir si las pruebas presentadas son suficientes para fundar las alegaciones de México (así como cualesquiera explicaciones o defensas formuladas por los Estados Unidos).

7.62. Además, el Órgano de Apelación ha aclarado que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el cometido de un Grupo Especial es "estudiar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso, a saber, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico".¹⁵⁸ Esta orientación tiene consecuencias para el tipo de pruebas que un grupo especial que analiza una alegación formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 puede necesitar para hacer sus constataciones. Indica que, especialmente cuando se formula una alegación contra un reglamento técnico en sí mismo y no en su aplicación, será esencial que el grupo especial examine cuidadosamente los rasgos y características objetivos de la medida. También indica que las pruebas relativas al funcionamiento real de la medida, aunque son importantes¹⁵⁹, pueden no ser concluyentes en los asuntos en que se alega que el diseño, la estructura y la arquitectura de la medida son ellos mismos discriminatorios.

7.63. En este contexto, recordamos la orientación del Órgano de Apelación de que, en los asuntos relativos a medidas impugnadas en sí mismas, puede no ser necesario que el reclamante demuestre que la aplicación de una medida de hecho "da como resultado una violación ... en todas y cada una de las transacciones de importación".¹⁶⁰ Al mismo tiempo, cuando un reclamante puede aducir pruebas claras y convincentes de que el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de una medida son ellos mismos discriminatorios, puede no ser suficiente que el demandado

¹⁵³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 247, 312 y 313; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 25, 37, 77, 99, 101, 102 y 196.

¹⁵⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 247.

¹⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

¹⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135.

¹⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 229.

¹⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 215.

¹⁵⁹ A este respecto, señalamos que el Órgano de Apelación ha encomendado a los grupos especiales que examinen "la totalidad de los hechos y circunstancias" de los casos que se les someten: informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 206.

¹⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Textiles y prendas de vestir*, párrafo 62.

demuestre simplemente que, en la práctica, la aplicación de la medida no ha tenido en todos los casos como resultado que se conceda un verdadero trato discriminatorio a los productos importados.

7.64. Señalamos que el Órgano de Apelación siguió recientemente este enfoque de la norma de la prueba en su informe *CE - Productos derivados de las focas*. En ese caso el Órgano de Apelación aceptó el argumento de los reclamantes de que la denominada excepción CI prevista en la medida de las Comunidades Europeas relativa a las focas era incompatible con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 porque "los productos derivados de las focas procedentes de lo que de hecho debería ser correctamente caracterizado como cacerías 'con fines comerciales' *podrían* entrar en el mercado de la UE al amparo de la excepción CI".¹⁶¹ El Órgano de Apelación no examinó si había habido realmente casos de entrada incorrecta; en lugar de ello, centró su análisis en el diseño y la estructura de la medida. En último término, constató que existía una infracción sobre la base de pruebas relativas al *posible* funcionamiento de la medida incompatible con las disposiciones de la OMC, así como de pruebas de que no había ninguna manera de evitar o identificar ese funcionamiento.

7.65. Al escribir lo que antecede, no queremos dar a entender que México pueda establecer la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC *negativamente*, es decir, México no puede tener éxito simplemente porque no pueda demostrarse que la medida en litigio *nunca* ha tenido como resultado un trato menos favorable. Por el contrario, en un asunto como el presente, en el que la discriminación alegada es *de facto* y no *de jure*¹⁶², el reclamante debe, de conformidad con la carga de la prueba, demostrar *positivamente* que la medida se ha diseñado o se aplica de una manera que modifica con efectos perjudiciales las condiciones de competencia. Para demostrar ese hecho, el reclamante debe proporcionar pruebas del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida y vincular esos aspectos de la medida con el efecto perjudicial que alega que están sufriendo sus importaciones. Un reclamante, especialmente en un caso de discriminación *de facto*, no puede señalar simplemente la medida en litigio y esperar entonces que el grupo especial constate la existencia de una infracción cuando el demandado no demuestre que la medida en litigio *nunca podría* tener como resultado el incumplimiento de una o varias obligaciones en el marco de la OMC.¹⁶³ En los casos de discriminación *de facto*, el reclamante debe proporcionar pruebas y argumentos suficientes para demostrar las razones de que una medida que a juzgar por sus términos parece ser no discriminatoria otorgue, no obstante, de hecho un trato menos favorable a los productos importados de manera francamente contraria a las disposiciones de la OMC. No obstante, esto no quiere decir que se espere que el reclamante demuestre que una medida siempre ha dado lugar y siempre dará lugar a discriminación en todas y cada una de las transacciones.

7.66. Antes de concluir nuestro examen de la carga y la norma de la prueba, deseamos poner de relieve que, como ha afirmado el Órgano de Apelación en numerosas ocasiones, los grupos especiales "disfrutan de un margen de discrecionalidad en [su] evaluación de los hechos".¹⁶⁴ Los grupos especiales "no están obligados a atribuir a las pruebas fácticas presentadas por las partes el mismo sentido y peso que éstas"¹⁶⁵; y, siempre que den "explicaciones ... razonadas y adecuadas"¹⁶⁶ de su manera de tratar las pruebas, los grupos especiales no infringen el artículo 11 del ESD simplemente porque una de las partes no esté de acuerdo con su manera de tratar las pruebas o hubiera preferido que el grupo especial llegara a una conclusión distinta.

7.67. Habiendo expuesto nuestra interpretación de las reglas sobre la carga de la prueba y la norma de la prueba que deben orientar nuestro análisis, pasamos ahora a examinar las alegaciones de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

¹⁶¹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.328. (sin cursivas en el original)

¹⁶² Primera comunicación escrita de México, párrafo 233 ("Por consiguiente, es evidente que el funcionamiento de la medida sobre el atún modificada en el mercado pertinente tiene un efecto perjudicial *de facto* en el grupo de los productos importados similares").

¹⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 140.

¹⁶⁴ Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 341.

¹⁶⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 403.

¹⁶⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 136.

7.5 Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.68. Habiendo analizado determinadas cuestiones preliminares en los párrafos anteriores, el Grupo Especial pasa ahora a examinar el fundamento de la argumentación de México contra la medida sobre el atún modificada. Como se explicó más arriba, comenzamos por examinar la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.5.1 La prueba jurídica de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

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

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

7.70. En el párrafo 1 del artículo 2 se establece una prueba en tres pasos. Para infringir el párrafo 1 del artículo 2, una medida debe:

- a) ser un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC,
- b) referirse a los "productos similares" o abarcar dichos productos; y
- c) dar a los productos similares del Miembro reclamante un trato menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares o a productos similares procedentes de cualquier otro Miembro.¹⁶⁷

7.71. En la presente diferencia no se plantean cuestiones en el marco de los puntos a) o b) *supra*. Ambas partes están de acuerdo en que, como constató el Grupo Especial inicial, y el Órgano de Apelación aceptó, la medida sobre el atún es un "reglamento técnico" a los efectos del Acuerdo OTC.¹⁶⁸ Además, ambas partes coinciden en que, como constató también el Grupo Especial inicial¹⁶⁹, el "atún" y los "productos de atún" mexicanos y estadounidenses son productos similares.¹⁷⁰ En consecuencia, este Grupo Especial acepta que la medida sobre el atún modificada es un reglamento técnico en el sentido del Anexo I del Acuerdo OTC y que el "atún" y los "productos de atún" estadounidenses y mexicanos son similares.

7.72. La cuestión principal que debe decidirse en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es, por lo tanto, si la medida sobre el atún modificada da al atún y los productos de atún mexicanos un "trato menos favorable" que el que otorga al atún y los productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos y de otros Miembros de la OMC. Recordamos que, de conformidad con nuestras constataciones arriba expuestas sobre el alcance de este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, nuestra obligación no está limitada a evaluar la compatibilidad con la OMC de la norma definitiva de 2013 sino que, más bien, abarca la consideración de si la medida sobre el atún modificada en su totalidad, incluida, aunque no exclusivamente, la norma definitiva de 2013, es compatible con la OMC o si sigue otorgando un trato menos favorable al atún y los productos de atún mexicanos.

7.73. El Órgano de Apelación ha elaborado una prueba en dos niveles para determinar si un reglamento técnico concede a los productos importados un trato menos favorable que a los productos nacionales o a los productos similares procedentes de otros Miembros de la OMC. En primer lugar el Grupo Especial debe evaluar si la medida en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún

¹⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 202.

¹⁶⁸ Primera comunicación escrita de México, párrafo 205; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181.

¹⁶⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.251 (confirmado en el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 202 (donde se señala que los Estados Unidos no impugnaron esta constatación en la apelación).

¹⁷⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafo 208; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 181.

mexicanos en comparación con el atún y los productos de atún estadounidenses similares o el atún y los productos de atún originarios de cualquier otro Miembro.¹⁷¹ En segundo lugar, si el Grupo Especial constata que existe un efecto perjudicial pasará a examinar si el efecto perjudicial en las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja una discriminación contra el grupo de los productos importados.¹⁷²

7.74. En los párrafos que figuran a continuación, examinamos brevemente la orientación del Órgano de Apelación sobre los pasos jurídicos que abarcan estos dos niveles.

7.75. Con respecto al primer nivel, es decir, a la cuestión de si la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, recordamos que "el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC prohíbe tanto la discriminación *de jure* como *de facto* entre los productos nacionales y los productos importados similares".¹⁷³ En consecuencia, la medida sobre el atún modificada puede modificar las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos incluso si no selecciona, a juzgar por sus términos, el atún para concederle un trato diferenciado sobre la base del pabellón bajo el que fue capturado y/o transformado.¹⁷⁴ Además, puede haber un trato perjudicial incluso cuando no hay un trato *diferenciado* y, de hecho, "una diferencia formal de trato entre los productos importados y los productos nacionales similares no es ... ni necesaria ni suficiente para demostrar una infracción" del párrafo 1 del artículo 2.¹⁷⁵ Cuando un reclamante aduce que una medida tiene un efecto perjudicial *de facto* en sus exportaciones, el grupo especial que realiza el examen debe tener en cuenta "todos los hechos y circunstancias que tiene ante sí, incluidas las consecuencias para las condiciones de competencia que se desprendan del diseño y la estructura de la propia medida, así como todas las características del mercado concreto de que se trate que sean pertinentes para el funcionamiento de la medida en ese mercado". El Órgano de Apelación ha dejado también claro que "*cualquier* efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares que haya sido causado por una medida concreta puede ser pertinente para la evaluación que haga un grupo especial del trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2".¹⁷⁶

7.76. Una de las principales cuestiones que se plantearon para su consideración en el procedimiento inicial se refirió al grado en que debe probarse que cualquier efecto perjudicial demostrado es "consecuencia de la propia medida [impugnada] y no de la actuación de entidades privadas".¹⁷⁷ Examinando las constataciones jurídicas del Grupo Especial inicial sobre esta cuestión, el Órgano de Apelación aclaró que, para tener éxito al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un reclamante debe demostrar la existencia de "una relación auténtica entre la medida en litigio y un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados".¹⁷⁸ Reafirmando sus constataciones anteriores en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*¹⁷⁹, el Órgano de Apelación concluyó que "[l]a cuestión pertinente es ... si la intervención *gubernamental* [es decir la propia medida] 'afecta a las condiciones en que compiten los productos similares, nacionales e importados, en el mercado comprendido en el territorio de un Miembro'".¹⁸⁰ Al responder a esta pregunta, la presencia o existencia de "algún elemento de opción privada" no eximirá al demandado de responsabilidad en virtud del Acuerdo OTC¹⁸¹ cuando la medida impugnada haya restringido o condicionado de otro modo el

¹⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 268.

¹⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 215.

¹⁷³ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 286.

¹⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 225 ("una medida puede ser incompatible *de facto* con el párrafo 1 del artículo 2 aun cuando por los términos en que está formulada sea neutral con respecto al origen").

¹⁷⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 277 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137).

¹⁷⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 286. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 225, y *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 179.

¹⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 236.

¹⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 236.

¹⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 146.

¹⁸⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 237 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 149).

¹⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 239.

ejercicio de esa opción de una manera que no puede considerarse "normal[...]" en el mercado pertinente.¹⁸²

7.77. Con respecto al segundo nivel de la prueba del trato menos favorable, es decir, a la cuestión de si cualquier trato perjudicial refleja una discriminación ilegítima, el Órgano de Apelación ha explicado que un grupo especial debe "examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste es imparcial".¹⁸³ Esencialmente, esta indagación exige que el Grupo Especial analice si el trato perjudicial cuya existencia se ha constatado en el marco del primer nivel "deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja la discriminación del grupo de productos importados".¹⁸⁴

7.78. Desde el punto de vista de la carga de la prueba y como se explicó más arriba, evaluaremos *en primer lugar* si México ha acreditado *prima facie tanto* que la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos *como, en segundo lugar*, que ese efecto perjudicial no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Si México consigue demostrar esto, se desplazará a los Estados Unidos la carga de refutar lo demostrado por México probando que, pese a la acreditación *prima facie* de éste, el trato perjudicial sí deriva, de hecho, exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.79. Teniendo presente lo que antecede, ¿cómo deberían evaluar los grupos especiales si un efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en lugar de reflejar una discriminación de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC? El Órgano de Apelación ha proporcionado cierta orientación sobre esta cuestión en la reciente "trilogía" de asuntos relativos al Acuerdo OTC¹⁸⁵ y en *CE - Productos derivados de las focas*. Más importante es el hecho de que el Órgano de Apelación ha explicado que un análisis de si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima (o de si un reglamento técnico que tiene un efecto perjudicial es imparcial) debe tener en cuenta si el reglamento técnico en cuestión "se apli[ca] en una forma tal que constituy[e] un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional".¹⁸⁶

7.80. Este texto es, por supuesto, similar al de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.¹⁸⁷ ¿Deben, pues, los grupos especiales basarse en la jurisprudencia elaborada en el marco de la parte introductoria al interpretar y aplicar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC? Dirigimos ahora nuestra atención a esta pregunta, que es objeto de un gran debate de las partes en el presente procedimiento.

7.81. Según México, "[e]n la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 figura un texto casi idéntico [al utilizado por el Órgano de Apelación al describir la prueba establecida en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC]. En consecuencia, la interpretación de la expresión 'discriminación arbitrari[a]' de la parte introductoria del artículo XX arroja luz sobre la interpretación de la expresión 'discriminación arbitraria' en el sentido del párrafo 1 del artículo 2

¹⁸² Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 146. Dicho esto, reconocemos también que, como dejó claro el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - EPO*, "los efectos perjudiciales causados únicamente por las decisiones de los agentes privados no pueden respaldar una constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2": informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 291. (las cursivas figuran en el original)

¹⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 225 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182).

¹⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182). Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

¹⁸⁵ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*; *Estados Unidos - Atún II (México)*; y *Estados Unidos - EPO*.

¹⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 94; véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 213.

¹⁸⁷ Es pertinente que la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 esté redactada en los siguientes términos: "A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional."

del Acuerdo OTC".¹⁸⁸ En particular, México aduce que la cuestión de "si la discriminación puede conciliarse, o tiene una relación racional, con el objetivo de política pertinente" que se trata de alcanzar con el reglamento técnico ocupa un lugar central en el análisis realizado por un grupo especial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. A juicio de México, "[c]uando el supuesto fundamento de la distinción creada por la medida en cuestión es incompatible con el objetivo de política declarado de ésta u obra activamente en menoscabo de dicho objetivo, refleja una discriminación arbitraria".¹⁸⁹ Así pues, dice México, "el grado en que la distinción reglamentaria resultante puede conciliarse con el objetivo de política que se trata de alcanzar con la medida proporcionará una indicación clara de si el resultado es una discriminación arbitraria y una falta de imparcialidad".¹⁹⁰

7.82. México aduce también que, si se lee a la luz de la interpretación de la parte introductoria del artículo XX por el Órgano de Apelación, se debe interpretar que el concepto de "discriminación arbitrari[a] o injustificad[a]" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC prohíbe, al diseñar o aplicar un reglamento técnico, "una ambigüedad que cree posibilidades de que se abuse de él [el reglamento técnico] y se aplique indebidamente, con independencia de si el organismo responsable de aplicar la medida actúa o no de buena fe".¹⁹¹ Además, según México, "un sistema reglamentario que no proporciona un medio eficaz de verificar si una medida se está aplicando de manera correcta y diligente dará también lugar a una discriminación arbitraria. Cuando el diseño de la medida es tal que es imposible fiscalizar o evaluar el grado en que se está aplicando de forma apropiada, no se puede decir que la medida es imparcial".¹⁹²

7.83. Los Estados Unidos no están de acuerdo con la interpretación que hace México de la expresión "discriminación arbitraria".¹⁹³ Concretamente, sostienen que el enfoque de México "inserta artificialmente el análisis utilizado en el contexto de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC" y concluyen que ello es "indudablemente erróneo" porque "las dos disposiciones son totalmente diferentes".¹⁹⁴ Los Estados Unidos sostienen también que "el Órgano de Apelación revocó el análisis de la parte introductoria del artículo XX del GATT que hizo el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Productos derivados de las focas* porque éste consideró que ambos análisis eran iguales".¹⁹⁵

7.84. Las partes explicaron con mayor detalle esas posiciones en respuesta a una pregunta del Grupo Especial. En su respuesta, México puso de relieve que "el Órgano de Apelación no constató que el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 no fuera pertinente para el análisis en el marco de la parte introductoria. En lugar de ello, el Órgano de Apelación sólo indicó que debe hacerse un análisis independiente en el marco de la parte introductoria y que, si se utiliza el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2, se debe proporcionar una explicación de por qué ese análisis es "pertinente y aplicable".¹⁹⁶ Según México, el Órgano de Apelación ha dejado claro que "hay importantes paralelismos entre los análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la parte introductoria"¹⁹⁷ y, ciertamente, que "la 'discriminación arbitraria' es un concepto común" que comparten ambas disposiciones.¹⁹⁸ México concluye que es "claramente

¹⁸⁸ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 123.

¹⁸⁹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 132.

¹⁹⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 132.

¹⁹¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 129 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.326-5.328).

¹⁹² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 131.

¹⁹³ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 83. Los Estados Unidos exponen sus argumentos desde el punto de vista del significado de la "imparcialidad", pero el contenido de sus alegaciones se refiere a la utilización por México de las disposiciones de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 para interpretar la expresión "discriminación arbitrari[a]" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Como se señaló más arriba, y como explicaremos con mayor detalle más adelante, creemos que la "imparcialidad", como un instrumento analítico que puede ser útil para evaluar si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, puede tener un sentido más amplio que la "discriminación arbitrari[a]", aunque indudablemente hay una cierta superposición.

¹⁹⁴ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 84.

¹⁹⁵ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 84.

¹⁹⁶ Respuesta de México a la pregunta 5 c) del Grupo Especial, párrafo 12 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310).

¹⁹⁷ Respuesta de México a la pregunta 5 c) del Grupo Especial, párrafo 13 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310).

¹⁹⁸ Respuesta de México a la pregunta 5 c) del Grupo Especial, párrafo 13 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310).

apropiado utilizar el significado de la expresión 'discriminación arbitrari[a]' elaborado en el marco de la parte introductoria del artículo XX como contexto para interpretar ... el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".¹⁹⁹

7.85. Los Estados Unidos mantuvieron su oposición a este enfoque interpretativo en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial. Explicaron que, en *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación "se negó a constatar que el análisis en el marco del segundo paso del párrafo 1 del artículo 2 simplemente incorpora el análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX, como México quisiera hacer creer al Grupo Especial". Aunque reconocieron que "el equilibrio establecido *dentro* del Acuerdo OTC no es, en principio, distinto del establecido en el GATT de 1994"²⁰⁰, los Estados Unidos reafirmaron que el enfoque aplicado por México es "indudablemente erróneo" y sostuvieron que "México no puede citar *siquiera un párrafo* de las tres diferencias relativas al Acuerdo OTC a favor de la afirmación de que el factor más importante en un análisis de la imparcialidad es si la determinación puede conciliarse, o tiene una relación racional, con el objetivo de política pertinente".²⁰¹

7.86. Observamos que todos los terceros que respondieron a la pregunta del Grupo Especial sobre esta cuestión estuvieron de acuerdo en que la jurisprudencia relativa a la parte introductoria del artículo XX informa la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Nueva Zelandia parecía coincidir con el enfoque de México y sostuvo que el Grupo Especial debía considerar si "el fundamento de la distinción [que dio lugar al trato perjudicial] [es] compatible con el objetivo general de la medida".²⁰² Análogamente, el Japón consideró que "la evaluación de la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC implica que se examine si las distinciones reglamentarias en cuestión efectuadas en el reglamento técnico tienen fundamentos que son legítimos y están conectados racionalmente con el objetivo de política declarado que se trata de alcanzar con el reglamento técnico". En opinión del Japón, "un reglamento técnico diseñado de tal manera que sus disposiciones se contradicen entre sí e incluso obran en menoscabo del objetivo de política declarado que se intenta alcanzar con él sería difícil de justificar al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".²⁰³ La Unión Europea también estuvo de acuerdo en que "el 'fundamento' u 'objetivo' o 'finalidad' o 'propósito objetivo' de la distinción reglamentaria que critica México es efectivamente pertinente a la evaluación, al igual que sería pertinente en una evaluación realizada en el marco del párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994".²⁰⁴ Y también el Canadá indicó que "al examinar la imparcialidad de la distinción reglamentaria, un grupo especial debe analizar el fundamento de la distinción reglamentaria proporcionado por el Miembro demandado a la luz del objetivo de política identificado para determinar si hay una conexión racional entre la distinción reglamentaria y el objetivo de política identificado. Una distinción reglamentaria no puede ser imparcial cuando obstaculiza el objetivo general del reglamento técnico u obra en menoscabo de él".²⁰⁵

7.87. Comenzamos nuestro análisis expresando nuestro desacuerdo con el alegación de los Estados Unidos de que "las dos disposiciones [es decir, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994] son totalmente diferentes". Los Estados Unidos tienen, por supuesto, razón en que el texto del párrafo 1 del artículo 2 no contiene las palabras "discriminación arbitraria o injustificada". No obstante, como ya señalamos más arriba, el Órgano de Apelación ha encomendado sistemáticamente a los grupos especiales que determinen si está presente una "discriminación arbitraria o injustificada" como una indicación de que un

¹⁹⁹ Respuesta de México a la pregunta 5 c) del Grupo Especial, párrafo 13.

²⁰⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 5 c) del Grupo Especial, párrafo 36. (las cursivas figuran en el original)

²⁰¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 5 c) del Grupo Especial, párrafo 36 (no se reproducen las citas internas)

²⁰² Declaración oral de Nueva Zelandia, párrafo 6.

²⁰³ Respuesta del Japón a la pregunta 1 formulada por el Grupo Especial a los terceros, párrafo 2. El Japón adujo también que "un reglamento técnico puede contener elementos en tensión o incluso posiblemente en conflicto con el objetivo de política determinado que se trata de alcanzar con la medida porque esos elementos intentan dar cabida a otros objetivos de política. El Japón cree que esto, por sí mismo, es insuficiente para apoyar una constatación de que el reglamento técnico no es imparcial": párrafo 4.

²⁰⁴ Respuesta de la Unión Europea a la pregunta 1 formulada por el Grupo Especial a los terceros, párrafo 1. La Unión Europea sostuvo también que "[e]s posible que la distinción reglamentaria no 'contribuya' al objetivo general ni lo 'obstaculice', sino que refleje simplemente una adaptación de las distintas medidas a los distintos riesgos. La mera existencia de esas diferencias no significa necesariamente que haya discriminación o discriminación injustificada": párrafo 2.

²⁰⁵ Respuesta del Canadá a la pregunta 1 formulada por el Grupo Especial a los terceros, párrafo 1.

reglamento técnico da un trato menos favorable a los productos importados, infringiendo así el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²⁰⁶ Este texto se ha tomado directamente del sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC, que dispone que los reglamentos técnicos "no [se] aplique[n] en forma tal que constituya[n] un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional". Al encomendar a los grupos especiales que interpreten el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a la luz de este considerando creemos que el Órgano de Apelación tenía claramente la intención de que los grupos especiales aplicaran la prescripción sobre el "trato menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a la luz de la jurisprudencia elaborada en el contexto de la parte introductoria del artículo XX. Estamos de acuerdo con México en que no hay una "base para interpretar el sentido de esta expresión de manera diferente en distintos acuerdos".²⁰⁷

7.88. Tampoco estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que la reciente resolución del Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas* nos impida recurrir a la jurisprudencia relativa a la parte introductoria del artículo XX al interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En ese asunto, el Órgano de Apelación censuró al Grupo Especial por "aplicar a la cláusula introductoria del artículo XX *el mismo criterio jurídico* que aplicó en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC".²⁰⁸ Según el Órgano de Apelación, el Grupo Especial "debería haber dado más explicaciones sobre por qué y de qué manera su análisis en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC era 'pertinente y aplicable' al análisis en el marco de la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994"²⁰⁹, en lugar de constatar la existencia de una infracción de la parte introductoria simplemente porque anteriormente se había constatado que la medida en litigio infringía el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²¹⁰

7.89. Señalamos que el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Productos derivados de las focas* había incurrido en error al aplicar su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a la parte introductoria del artículo XX; no dijo que la jurisprudencia elaborada en el contexto de la parte introductoria no podía utilizarse para interpretar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Esa constatación es plenamente explicable sobre la base de que, aunque las pruebas establecidas en la parte introductoria del artículo XX y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se superponen, no son idénticas. Mientras en el párrafo 1 del artículo 2 se pregunta si el trato perjudicial deriva de una distinción reglamentaria legítima y mientras la existencia de "discriminación arbitrari[a] o injustificad[a]" es una de las maneras en que puede demostrarse la incompatibilidad con ese aspecto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la parte introductoria del artículo XX se centra *únicamente* en si una medida se aplica en forma arbitraria o injustificablemente discriminatoria (o es una restricción encubierta al comercio internacional).²¹¹ Además, el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 exige que se examinen *tanto* el diseño *como* la aplicación de la medida en litigio²¹², mientras que la parte introductoria se centra únicamente en la *aplicación* de dicha medida.²¹³ Tal como lo interpretamos, pues, el error cometido por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Productos derivados de las focas* fue dar por supuesto que una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que

²⁰⁶ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 173; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 268.

²⁰⁷ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 5 c) del Grupo Especial, párrafo 30.

²⁰⁸ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.313. (sin cursivas en el original)

²⁰⁹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310.

²¹⁰ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 3.507.

²¹¹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.311 (donde se señala que en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se analiza si el trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima mientras que la parte introductoria del artículo XX se ocupa únicamente de la existencia de "discriminación arbitrari[a] o injustificable").

²¹² Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271 (donde se constata que no puede constataarse que el trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima cuando una distinción reglamentaria "se *diseña* o se *aplica* de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado" (sin cursivas en el original)).

²¹³ Como explicamos con mayor detalle más adelante, el análisis realizado en el marco del artículo XX del GATT de 1994 es doble: primero, la justificación provisional de la medida por su carácter de medida comprendida en [un apartado del artículo XX]; segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX: informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 25 y 26.

puede implicar el análisis de factores que no atañen al análisis en el marco del artículo XX del GATT de 1994, daría automáticamente lugar a una infracción de esta última disposición. A nuestro juicio, este razonamiento no excluye la posibilidad de que la jurisprudencia relativa a la parte introductoria del artículo XX pueda utilizarse para informar los aspectos de la prueba establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC que exigen un examen de si un caso de trato perjudicial constituye "discriminación arbitrari[a]".

7.90. Además, no podemos hacer caso omiso de que el Órgano de Apelación ha confirmado que existen "importantes paralelismos" entre la parte introductoria del artículo XX y el elemento relativo al "trato menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. De hecho, el Órgano de Apelación reconoció específicamente que "los conceptos de 'discriminación arbitrari[a] o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones' y de 'restricción encubierta al comercio internacional' figuran tanto en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 como en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC".²¹⁴ A nuestro juicio, esas declaraciones indican claramente que, aunque las pruebas establecidas en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en el artículo XX del GATT de 1994 no deben confundirse, hay, no obstante, importantes semejanzas y superposiciones entre ellas, y la jurisprudencia del Órgano de Apelación elaborada en el contexto de una de ellas puede utilizarse para interpretar conceptos similares en la otra.

7.91. Por consiguiente, no nos convence el argumento de los Estados Unidos de que el enfoque aplicado por México a la "discriminación arbitrari[a]" en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es "indudablemente erróneo".²¹⁵ Por el contrario, estamos de acuerdo con México en que, al examinar si el efecto perjudicial causado por un reglamento técnico refleja una "discriminación arbitrari[a]", podemos examinar, entre otras cosas, si el trato perjudicial puede conciliarse o tiene una relación racional con la política que se trata de aplicar mediante la medida en litigio. Este análisis puede ayudar al Grupo Especial a determinar si el efecto perjudicial objeto de la reclamación (esto es, si el Grupo Especial constata que ese efecto existe) deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima -aunque, como hemos dicho, la "distinción reglamentaria legítima" puede implicar el examen de algo más que sólo la existencia (o la inexistencia) de "discriminación arbitrari[a]".

7.92. Además, señalamos que, contrariamente a la alegación de los Estados Unidos de que no hay precedentes que respalden este enfoque, el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el primero de los asuntos que componen la "trilogía OTC" realmente basó su constatación de que la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor por los Estados Unidos infringía el párrafo 1 del artículo 2 en el hecho de que la exención de los cigarrillos mentolados de la prohibición era difícil de conciliar con el pretendido objetivo de los Estados Unidos de "prevenir el consumo de tabaco por los jóvenes" prohibiendo los cigarrillos aromatizados.²¹⁶ En sus constataciones, el Órgano de Apelación señaló expresamente que "los cigarrillos mentolados tienen la misma característica del producto [es decir la aromatización] que, desde la perspectiva del objetivo declarado [de la medida impugnada, es decir, desalentar el consumo de tabaco entre los jóvenes], justificó la prohibición de los cigarrillos de clavo de olor".²¹⁷ En otros términos, un elemento central de la constatación del Órgano de Apelación fue el hecho de que el trato perjudicial de que se trataba en ese asunto no podía conciliarse con el objetivo de política del reglamento técnico objeto de examen o justificarse por referencia a él. En nuestra opinión, el enfoque aplicado por el Órgano de Apelación en ese caso es muy semejante al tipo de análisis realizado en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y confirma que hay importantes semejanzas entre el análisis realizado en el marco del artículo XX y el realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²¹⁸

²¹⁴ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310.

²¹⁵ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 84; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 5 a) del Grupo Especial, párrafo 28.

²¹⁶ El Canadá señala esto en su respuesta a la pregunta 1 formulada por el Grupo Especial a los terceros, párrafo 2.

²¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 225.

²¹⁸ Deseamos aclarar un punto. Al constatar que el párrafo 1 del artículo 2 exige, entre otras cosas, una evaluación de si cualquier efecto perjudicial demostrado está relacionado con la política que se trata de aplicar con el reglamento técnico en litigio o es explicable de otra manera sobre la base de esa política, no queremos decir que los grupos especiales deban indagar, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2, la legitimidad de esa

7.93. Pasamos ahora a examinar el sentido del término "imparcial". Según lo entendemos, la imparcialidad no es un criterio separado cuya existencia deba probarse *además de* demostrar que el reglamento técnico en litigio otorga un trato menos favorable a los productos importados. En lugar de ello, tal como interpretamos la jurisprudencia, la imparcialidad, debidamente entendida, es un instrumento analítico, un tipo de medida o prueba retórica que despliega un concepto fluido y equitativo en términos generales como sustituto o calibre para ayudar a los grupos especiales a determinar si el trato perjudicial identificado deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En nuestra opinión, la tesis de que la imparcialidad no es una prueba adicional se deduce claramente de la declaración del Órgano de Apelación de que un grupo especial debe examinar la imparcialidad de una medida "a fin de determinar"²¹⁹ si el efecto perjudicial causado por esa medida deriva o no exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.94. A nuestro juicio, el concepto de imparcialidad tiene una relación especialmente estrecha con la cuestión de si el efecto perjudicial deriva *exclusivamente* de una distinción reglamentaria legítima. En particular, creemos que preguntarse si una medida es imparcial puede ayudar a un grupo especial a determinar si el trato perjudicial identificado se explica plenamente como consecuencia de una distinción reglamentaria legítima -en cuyo caso, puede decirse que deriva *exclusivamente* de esa distinción- o si el trato perjudicial, a pesar de estar quizá conectado con una distinción reglamentaria legítima o basado en términos generales en ella, no es, sin embargo, plena o exactamente explicado por la distinción reglamentaria que el Miembro demandado intenta introducir, tanto desde el punto de vista de su naturaleza como de su alcance -en cuyo caso *no* se puede concluir que el trato perjudicial deriva *exclusivamente* de la distinción introducida-.

7.95. En otros términos, en nuestra opinión, la imparcialidad dirige la atención del grupo especial hacia lo que podría denominarse la "adecuación" de la medida en litigio, incluido el trato perjudicial causado por esa medida, a la distinción reglamentaria legítima introducida. Así, incluso si una medida estuviera *basada en* una distinción reglamentaria legítima, no derivaría, sin embargo, *exclusivamente* de esa distinción si el efecto perjudicial fuera desproporcionado o si la medida fuera de otra manera un reflejo, por ejemplo, de proteccionismo y, por lo tanto, no pudiera justificarse claramente sólo por referencia a las distinciones reglamentarias legítimas invocadas.

7.96. A nuestro juicio, la "imparcialidad" dirige nuestra atención hacia lo que quizá podría denominarse mejor la "equidad" de un reglamento técnico. El sentido corriente de "*even-handed*" (imparcial) es "*impartial, fair*" (justo, equitativo). "*Fair*" (equitativo), a su vez, significa "*just, unbiased, equitable*" (justo, sin sesgo). Palabras como "equitativo" y "justo" son manifiestamente difíciles de definir sin un contexto; en consecuencia, los criterios o indicios específicos mediante los cuales debe evaluarse la equidad de un reglamento técnico no pueden enumerarse de manera exhaustiva en abstracto. En lugar de ello, el análisis del grupo especial debe "tener en cuenta todos los hechos y circunstancias que tiene ante sí".²²⁰ En nuestra opinión, puede haber superposición entre el concepto de "imparcialidad" y el de "discriminación arbitraria". No obstante, creemos que "imparcialidad" es conceptualmente distinto de "discriminación arbitraria" y puede ser más amplio desde el punto de vista de las características de una medida que el grupo especial puede tener en cuenta. Así, mientras demostrar la "discriminación arbitraria" es una manera de probar que la medida no es imparcial (como hemos explicado más arriba), el concepto de "imparcialidad" y la gama de hechos y circunstancias que pueden conducir a un grupo especial a constatar que una medida no es "imparcial" (y, por lo tanto, a concluir que el efecto perjudicial de que se trata no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima) son más amplios que los que podrían dar lugar a una constatación de "discriminación arbitraria".

política o la contribución efectiva a ella del reglamento técnico. Estas indagaciones pueden ser pertinentes de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que no es objeto de este procedimiento.

²¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 215.

²²⁰ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 286. Señalamos que estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que "[e]l conjunto particular de hechos que un Miembro está obligado a establecer a fin de demostrar que un reglamento técnico no es imparcial dependerá de los hechos y circunstancias concretos". Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 5 a) del Grupo Especial, párrafo 24.

7.5.2 Aplicación del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.5.2.1 Alegación de México

7.97. Habiendo examinado ciertas cuestiones preliminares y habiendo expuesto nuestra interpretación de la prueba jurídica establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, pasamos ahora a examinar el fundamento de las alegaciones de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2. Como hemos señalado, nuestra tarea consiste en determinar si la medida sobre el atún modificada en su totalidad concede un "trato menos favorable" al atún y los productos de atún mexicanos que al atún y los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y de otros Miembros de la OMC.

7.98. En su primera comunicación escrita, México explicó que el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC "se refiere a la distinción reglamentaria a que se debe el trato perjudicial de los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún estadounidenses y los productos de atún originarios de otros países".²²¹ Según México, las distinciones reglamentarias centrales cuyo diseño y aplicación dan lugar al trato perjudicial de que se queja México son las siguientes²²²:

- En primer lugar, México se queja de "la exclusión de los lances sobre delfines conformes con el APICD como método de pesca que pueda utilizarse para capturar atún en el PTO de manera inocua para los delfines y la admisión de otros métodos de pesca para capturar atún de manera inocua para los delfines". Nos referimos a este aspecto de la medida sobre el atún modificada como los "criterios de admisibilidad".
- En segundo lugar, México pone de relieve "[l]as prescripciones obligatorias en materia de observadores independientes en el caso del atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines conformes con el APICD y la inexistencia de esas prescripciones en el caso del atún capturado fuera del PTO utilizando los mismos métodos de pesca y otros métodos distintos". Nos referimos a este aspecto de la medida sobre el atún modificada como las "prescripciones en materia de certificación diferentes".
- En tercer lugar y finalmente, México señala a la atención del Grupo Especial "[l]as prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación en el caso del atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines conformes con el APICD y las prescripciones diferentes en el caso del atún capturado fuera del PTO utilizando los mismos métodos de pesca y métodos de pesca distintos". Nos referimos a este aspecto de la medida sobre el atún modificada como las "prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes".

7.99. México se refiere colectivamente a estas condiciones y prescripciones como "la diferencia en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado".²²³ Según México, "[c]uando se examinan los hechos y circunstancias relativos al diseño y la aplicación de esas condiciones y prescripciones, es evidente que el efecto perjudicial en las importaciones de productos de atún mexicanos no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima".²²⁴ Concretamente, México aduce que "[c]omo consecuencia de la diferencia en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado, todos los productos de atún estadounidenses similares y la mayor parte de los productos de atún de otros países tienen acceso a la etiqueta *dolphin safe* mientras que, al mismo tiempo, la medida sobre el atún modificada niega el acceso a esa etiqueta a la mayor parte de los productos de atún mexicanos".²²⁵

7.100. En diversas etapas de este procedimiento, los Estados Unidos han instado al Grupo Especial a hacer caso omiso de las alegaciones de México sobre las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes. Según los Estados Unidos, el efecto perjudicial pertinente no deriva de ninguna de esas dos distinciones reglamentarias. En lugar de ello, "el primer elemento de México [es decir, los criterios de admisibilidad] es el efecto perjudicial"

²²¹ Primera comunicación escrita de México, párrafo 235.

²²² Primera comunicación escrita de México, párrafo 236.

²²³ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 112.

²²⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafo 237.

²²⁵ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 112.

y, como "los productos de atún mexicanos que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines seguirían sin reunir las condiciones para tener acceso a la etiqueta '*dolphin safe*'" incluso si no existieran las prescripciones en materia de certificación diferentes, "México simplemente no puede establecer una relación causal entre el efecto perjudicial" y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes".²²⁶

7.101. Los Estados Unidos repiten esa afirmación en su segunda comunicación escrita. En ella aducen que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación "no son pertinentes a este análisis (en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC) ya que ninguno de esos aspectos explica el efecto perjudicial ... Dicho simplemente, las prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores no causan el efecto perjudicial que fue la base de las recomendaciones y resoluciones del OSD".²²⁷

7.102. El Grupo Especial reconoce que la argumentación de México sobre el trato perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes parece haberse desarrollado en el curso de las comunicaciones escritas de ese país. En su primera comunicación escrita, México describió el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún modificada en su totalidad del modo siguiente:

Mientras que todos los productos de atún estadounidenses similares y la mayor parte de los productos de atún de otros países tienen acceso a la etiqueta *dolphin safe*, la medida sobre el atún modificada niega el acceso a esa etiqueta a la mayor parte de los productos de atún mexicanos.²²⁸

7.103. Nos parece que esa descripción identifica, por lo menos en primer término, el efecto perjudicial causado por los *criterios de admisibilidad* porque, como adujeron los Estados Unidos en su propia primera comunicación escrita, incluso si se eliminaran las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes, "los productos de atún mexicanos que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines seguirían sin reunir las condiciones para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe* y los productos de atún que contuvieran atún capturado mediante otros métodos podrían seguir reuniendo esas condiciones".²²⁹

7.104. No obstante, en su segunda comunicación escrita, México desarrolló y aclaró sus argumentos sobre el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes. México explicó que:

[L]a inexistencia de suficientes prescripciones en materia de admisión de métodos de pesca, mantenimiento de registros, verificación y observadores aplicables al atún utilizado para producir los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países significa que los productos de atún mexicanos están perdiendo oportunidades de competencia frente a productos de atún que pueden etiquetarse erróneamente como *dolphin safe*.²³⁰

7.105. En este pasaje se identifica claramente un tipo distinto de efecto perjudicial que, a juicio de México, causan las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes. Mientras las prescripciones de admisibilidad diferentes son responsables del hecho de que la mayor parte de los productos de atún mexicanos no reúnan las condiciones para recibir la etiqueta (en palabras de México, denegando una oportunidad de competencia al atún mexicano)²³¹, las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes, según el argumento de México, proporcionan o "confieren"²³² una "ventaja competitiva" a los productos de atún no mexicanos y, de ese modo, modifican en forma perjudicial las condiciones de competencia. A nuestro juicio, 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

²²⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 223. (las cursivas figuran en el original)

²²⁷ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 75 y 76.

²²⁸ Primera comunicación escrita de México, párrafo 232.

²²⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 223.

²³⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 117. (subrayado en el original)

²³¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 117.

²³² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 117.

como resultado de los criterios de admisibilidad.²³³ El Grupo Especial señala que, aunque México sostuvo en su primera comunicación escrita que son los "elementos fundamentales del diseño y la estructura de la medida" los que "conjuntamente" deniegan oportunidades de competencia a los productos mexicanos²³⁴, en opinión del Grupo Especial, la argumentación de México a lo largo de todo este procedimiento deja claro que distintos elementos de la medida sobre el atún modificada afectan negativamente al atún mexicano de distintas maneras.

7.106. En sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial, los Estados Unidos indicaron que, al desarrollar su argumento sobre el efecto perjudicial en su segunda comunicación escrita, "México intenta ahora modificar de manera fundamental sus tres alegaciones, alegando que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y de certificación de la medida modificada modifican las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento del grupo de los productos de atún mexicanos frente al grupo de los productos de atún similares estadounidenses y los productos de atún similares originarios de otros Miembros".²³⁵ El alcance de esta declaración no está totalmente claro: por ejemplo, los Estados Unidos no han aducido que los argumentos de México sobre las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes estén excluidos por el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En cualquier caso, a nuestro juicio, las partes en la solución de diferencias de la OMC tienen pleno derecho a desarrollar y aclarar su argumentación en el curso de sus comunicaciones escritas. En nuestra opinión, el propósito mismo de la existencia de rondas sucesivas de comunicaciones escritas seguidas por una audiencia es permitir a las partes que perfeccionen, aclaren y desarrollen sus argumentos. Es este un elemento esencial del debido proceso "implicit[o] en el ESD"²³⁶, según el cual se debe "conced[er] a cada parte una oportunidad válida para formular observaciones sobre los argumentos y las pruebas presentados por la otra".²³⁷ Consideramos que el desarrollo incluido por México en su segunda comunicación escrita es una aclaración plenamente aceptable de la alegación y el argumento mexicanos.

7.107. Además, el Grupo Especial toma nota de que, en diversas etapas de esta diferencia, México ha aducido que son "*conjuntamente* las diferencias en esas condiciones y prescripciones en materia de etiquetado" lo que "explica el efecto perjudicial en las importaciones".²³⁸ En otros términos, como explicó México en su respuesta a una pregunta del Grupo Especial:

[E]s únicamente el funcionamiento combinado de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, junto con las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de los productos de atún que contienen atún capturado fuera del PTO, lo que da lugar a la distinción reglamentaria que afecta a las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún importados de México frente a los productos de atún similares originarios de los Estados Unidos y los productos de atún similares importados de otros países.²³⁹

7.108. Pese a esto, ambas partes han estructurado sus argumentos a lo largo de este procedimiento sobre la base de las tres distinciones reglamentarias identificadas por México. Esto quiere decir que, aunque México ha aducido que el trato menos favorable pertinente sólo surge o, por lo menos, surge con la mayor claridad, cuando se consideran conjuntamente las tres distinciones, no obstante, ha presentado sus argumentos distinción por distinción. Los Estados Unidos han hecho otro tanto y han presentado sus argumentos sobre las tres distinciones

²³³ México articuló su argumento de este modo a lo largo de todo este procedimiento. Véanse la respuesta de México a la pregunta 9 del Grupo Especial, párrafo 36; la segunda comunicación escrita de México, párrafos 147 y 163; y la respuesta de México a la pregunta 7 del Grupo Especial, párrafos 19 y 21. Véase también la sección 6.2.6 del presente informe.

²³⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafo 223.

²³⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 58 del Grupo Especial, párrafo 288.

²³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes*, párrafo 94.

²³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 150.

²³⁸ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 113. (sin cursivas en el original)

²³⁹ Respuesta de México a la pregunta 8 del Grupo Especial, párrafo 32: observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 4 del Grupo Especial, párrafo 20 ("México [ha] puesto de relieve que las tres condiciones en materia de etiquetado -es decir, i) la exclusión de los lances sobre delfines y la admisión de otros métodos de pesca para capturar atún; ii) las prescripciones en materia de mantenimiento de registros, seguimiento y verificación; y iii) las prescripciones obligatorias en materia de un observador independiente- que actúan conjuntamente, explican el efecto perjudicial en las importaciones mexicanas").

reglamentarias por separado. Hemos decidido seguir el enfoque aplicado por las partes al presentar nuestro propio análisis. Aunque indicaremos las conexiones entre esas distinciones cuando sea pertinente, realizamos nuestro análisis en tres partes, examinando, en primer lugar, los criterios de admisibilidad; en segundo lugar, las prescripciones en materia de certificación diferentes; y en tercer lugar, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes.

7.5.2.2 Los criterios de admisibilidad

7.5.2.2.1 Argumentos de las partes

7.109. En su primera comunicación escrita, México describe los criterios de admisibilidad en los siguientes términos:

Con arreglo a la medida sobre el atún modificada, las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado son distintas según el método de pesca utilizado para capturar el atún. Los lances sobre delfines son un método de pesca cuyo empleo para capturar atún *dolphin safe* se "excluye", incluso si la utilización de ese método cumple las rigurosas prescripciones del APICD y si no hay mortalidad ni heridas graves de delfines en el lance en que se capturó el atún, lo cual es confirmado por la presencia de un observador independiente a bordo y certificado de acuerdo con el amplio sistema de seguimiento y verificación establecido por el APICD y la legislación mexicana. ...

La situación es distinta en lo relativo a los métodos de pesca utilizados para capturar atún fuera del PTO. Con la excepción de la pesca con redes de deriva en alta mar por la flota italiana, se admite la utilización de todos los demás métodos de pesca de atún (incluido el resto de la pesca con redes de deriva) para capturar atún de manera inocua para los delfines aun cuando ... esos métodos causen mortalidad y heridas graves importantes a delfines.

...

Pese a esos efectos perjudiciales importantes en los delfines, no se excluye la utilización de otros métodos de pesca para capturar atún "*dolphin safe*". Se admite el uso de esos métodos para capturar atún *dolphin safe*, con sujeción únicamente a la prescripción de que no se observen mortalidad o heridas graves de ningún delfín en los empleos de artes en que se capture el atún.²⁴⁰

7.110. Según lo entendemos, la alegación de México es que la medida sobre el atún modificada distingue entre el atún capturado mediante lances sobre delfines y el atún capturado por cualquier otro método. Por una parte, el atún capturado mediante lances sobre delfines *nunca* reúne las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe*, incluso si realmente no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance determinado. Por otra parte, el atún capturado por otros métodos de pesca reúne, *en principio*, las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe*, siempre que no se haya dado muerte ni se haya herido gravemente a ningún delfín en ese empleo de artes determinado.

7.111. En opinión de México, esta distinción reglamentaria modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. México recuerda la constatación del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial de que "el hecho de que los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines no puedan tener acceso a la etiqueta '*dolphin safe*' tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense"²⁴¹ porque, aunque la etiqueta tiene "un valor comercial significativo en el mercado estadounidense de productos de atún"²⁴², "la mayor parte del atún capturado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría,

²⁴⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafos 247-249.

²⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 235 (citado en la primera comunicación escrita de México, párrafo 227).

²⁴² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 233.

con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en un producto inocuo para los delfines".²⁴³ A juicio de México, el hecho de que el atún capturado mediante lances sobre delfines no reúna las condiciones para recibir la etiqueta mientras que el atún capturado por otros métodos reúne, en principio, esas condiciones es "claramente ... no imparcial"²⁴⁴ por varias razones. En primer lugar, México aduce que la admisibilidad del atún capturado por medios distintos de los lances sobre delfines y la no admisibilidad del atún capturado mediante lances sobre delfines "no tienen una conexión racional con el objetivo de la medida"²⁴⁵ porque esos métodos de pesca que reúnen las condiciones para la pesca de atún *dolphin safe*, de hecho, "causan mortalidad y heridas graves importantes a delfines".²⁴⁶ Para respaldar esta opinión, México presentó pruebas según las cuales "de decenas a centenares de miles de [mamíferos marinos] son muertos cada año al quedar enredados en artes de pesca".²⁴⁷ De hecho, México sostiene que "esos métodos de pesca 'admitidos' tienen en los delfines efectos perjudiciales iguales o mayores que los del método de pesca de atún excluido de los lances sobre delfines que se ajustan al APICD"²⁴⁸, aunque México aduce asimismo que, para demostrar su argumentación, solo necesita probar que "otros métodos de pesca también causan mortalidad y heridas graves a delfines".²⁴⁹ El Grupo Especial señala que varias de las pruebas documentales presentadas en este procedimiento se presentaron también en el procedimiento inicial.

7.112. En segundo lugar, México sostiene que la distinción no es imparcial porque "da por supuesto que los lances sobre delfines que se ajustan al APICD tienen efectos perjudiciales en delfines que justifican su exclusión, y esta suposición es permanente y no se modificará, incluso si las pruebas demuestran que las poblaciones de delfines no están sufriendo efectos perjudiciales. ... Al mismo tiempo, la medida sobre el atún modificada da por supuesto que capturar atún utilizando otros métodos de pesca no tiene efectos perjudiciales en los delfines. No obstante, las pruebas presentadas por México ... contradicen esa suposición y demuestran que otros métodos de pesca tienen efectos perjudiciales importantes en los delfines que son iguales o mayores que los de los lances sobre delfines que se ajustan al APICD".²⁵⁰

7.113. A la luz de esos argumentos México sostiene que "[n]o hay ninguna justificación para el trato diferente" e insta al Grupo Especial a constatar que "[e]n las circunstancias de la presente diferencia, todos los métodos de pesca de atún deben ser admitidos o excluidos"²⁵¹ del acceso a la etiqueta *dolphin safe*.

7.114. Los Estados Unidos piden al Grupo Especial que rechace las alegaciones de México por varias razones, tanto sustantivas como de procedimiento. Desde el punto de vista del procedimiento, los Estados Unidos aducen que "el Órgano de Apelación ha rechazado ya la alegación de México" de que los criterios de admisibilidad infringen el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.²⁵² Según los Estados Unidos, el intento desafortunado de México de obtener ahora lo que no logró en su apelación respecto del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 que realizó el Grupo Especial inicial debe rechazarse".²⁵³

7.115. Desde el punto de vista sustantivo, aunque los Estados Unidos aceptan que, como constató el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, los criterios de admisibilidad tienen "un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos"²⁵⁴, rechazan la alegación de que ese efecto no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En opinión de los Estados Unidos,

²⁴³ Primera comunicación escrita de México, párrafo 226.

²⁴⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafo 250.

²⁴⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafo 252.

²⁴⁶ Primera comunicación escrita de México, párrafo 248.

²⁴⁷ Primera comunicación escrita de México, párrafo 109. En relación con la mortalidad y las heridas de delfines causadas por redes agalleras, véase la primera comunicación escrita de México, párrafos 126-131; en relación con la mortalidad y las heridas de delfines causadas por palangres, véase la primera comunicación escrita de México, párrafos 132-151; en relación con la mortalidad y las heridas de delfines causados por la pesca de arrastre, véase la primera comunicación escrita de México, párrafos 152-155.

²⁴⁸ Primera comunicación escrita de México, párrafo 248.

²⁴⁹ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 5 del Grupo Especial, párrafo 26.

²⁵⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafo 263. (subrayado en el original)

²⁵¹ Primera comunicación escrita de México, párrafo 263.

²⁵² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 214.

²⁵³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 201.

²⁵⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 215 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 234 y 235).

"ningún producto de atún que contiene atún capturado mediante lances sobre delfines reúne las condiciones para tener acceso a la etiqueta, *independientemente de la pesquería, la nacionalidad del buque y la nacionalidad de la empresa de transformación*"²⁵⁵; en consecuencia, "[l]as prescripciones son iguales para todos los productos, y en el diseño o la estructura de la medida modificada no hay nada que indique que los productores mexicanos están en una situación de desventaja de algún tipo frente a sus competidores de los Estados Unidos ... o de otro lugar".²⁵⁶ A juicio de los Estados Unidos, cualquier efecto perjudicial que experimenten los productores mexicanos deriva de las prácticas de pesca elegidas por los pescadores de atún de México y no de la propia medida sobre el atún modificada.²⁵⁷

7.116. Además, los Estados Unidos aducen que "la ciencia respalda las distinciones de la medida modificada y está directamente en contra del enfoque de México".²⁵⁸ Para apoyar esa posición, los Estados Unidos presentaron pruebas que, a su juicio, demostraban que la mortalidad y las heridas graves de delfines debidas a lances sobre delfines efectuados por grandes buques de cerco en el PTO eran un múltiplo muchas veces mayor de la mortalidad y las heridas graves de delfines debidas a lances distintos de los lances sobre delfines efectuados por grandes buques de cerco.²⁵⁹ En el procedimiento inicial y en la presente diferencia, los Estados Unidos presentaron también pruebas que, a su juicio, demostraban que la mortalidad y las heridas graves de delfines en pesquerías en las que se utilizaban redes de cerco y palangres fuera del PTO eran significativamente menores, por lance, que la mortalidad y las heridas graves de delfines debidas a lances sobre delfines efectuados por grandes buques de cerco en el PTO.²⁶⁰ Por último, los Estados Unidos presentaron pruebas que, según ellos, demostraban que las interacciones con delfines eran mucho más frecuentes y afectaban a un número mucho mayor de animales en los lances sobre delfines efectuados en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que en otras pesquerías.²⁶¹ A juicio de los Estados Unidos, México no presentó pruebas de que se cazara a delfines para capturar atún en ninguna pesquería distinta de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.²⁶² Por lo tanto, los Estados Unidos concluyen que "[e]n los lances sobre delfines no hay nada que sea inocuo para los delfines, y la medida niega correctamente el acceso a la etiqueta a los productos de atún que contienen atún capturado por ese método".²⁶³

7.5.2.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.117. Comenzamos por recordar que tratamos más arriba las alegaciones de los Estados Unidos sobre la competencia.²⁶⁴ En ese examen, discrepamos del argumento de los Estados Unidos de que "la alegación [de México] está excluida del mandato de este Grupo Especial porque toma totalmente como premisa los elementos de la medida que el OSD no constató que infringieran el párrafo 1 del artículo 2 y que no han variado con respecto a la medida inicial".²⁶⁵ Observamos que las constataciones del Órgano de Apelación y las resoluciones y recomendaciones del OSD se refirieron a la medida sobre el atún inicial *en su totalidad*, de manera que los Estados Unidos no "tenían derecho a suponer" que cualquier aspecto de la medida era automática e indudablemente compatible con los acuerdos abarcados.²⁶⁶

²⁵⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 228; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 89. (las cursivas figuran en el original)

²⁵⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 231. (subrayado en el original)

²⁵⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 232.

²⁵⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 237.

²⁵⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 del Grupo Especial, párrafos 111-113; segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 23; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 92.

²⁶⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial, párrafos 136-142; respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 19 del Grupo Especial, párrafos 116-118; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos párrafos 132-134 y 145.

²⁶¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafos 88 y 89.

²⁶² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 20 del Grupo Especial, párrafos 121-130.

²⁶³ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 93.

²⁶⁴ Véase la sección 7.3 *supra*.

²⁶⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 202.

²⁶⁶ Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 207. Efectivamente, como explicamos, el hecho de que aspectos de la medida no hayan variado puede ser *problemático* precisamente porque el Órgano de Apelación constató que la medida sobre el atún inicial *en su totalidad* era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La cuestión que tenemos ante nosotros es si, al modificar una parte de la medida inicial (es decir, el reglamento de aplicación), los Estados Unidos han podido poner toda la

7.118. No obstante, en nuestra opinión, la argumentación de los Estados Unidos sobre los criterios de admisibilidad plantea una cuestión adicional (aunque indudablemente conexa) que sólo tratamos brevemente más arriba: el lugar y la función en este informe de las constataciones hechas por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. Después de todo, los criterios de admisibilidad se sitúan en el centro mismo del procedimiento inicial y, a juicio de los Estados Unidos, "el Grupo Especial inicial ya trató plenamente el argumento de México [sobre ese punto] y lo consideró insuficiente".²⁶⁷ Según los Estados Unidos, el Grupo Especial no debe dar a México la oportunidad de "apelar" respecto del informe del Órgano de Apelación²⁶⁸, ya que hacerlo frustraría el carácter definitivo de las resoluciones y recomendaciones del OSD. En opinión de los Estados Unidos, las constataciones del Órgano de Apelación adoptadas "deben ser tratadas por las partes en una determinada diferencia *como una solución definitiva de esa diferencia*".²⁶⁹

7.119. Como explicamos más arriba en nuestro examen de la prueba jurídica establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, es apropiado que este Grupo Especial, en su calidad de grupo especial sobre el cumplimiento constituido en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD para examinar el cumplimiento de una resolución formulada por el OSD en procedimientos anteriores, se base en las conclusiones fácticas y jurídicas del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación, por lo menos si no existen nuevas pruebas convincentes que hagan insostenibles esas constataciones anteriores. El Grupo Especial está de acuerdo con los Estados Unidos en que, como cuestión de principio, no se debe dar a las partes en un procedimiento sobre el cumplimiento la oportunidad de poner de nuevo en litigio cuestiones que ya han sido "definitivamente solucionadas" por el Órgano de Apelación.²⁷⁰ No obstante, la cuestión es, a nuestro juicio, qué fue exactamente lo que "solucionó definitivamente" en el procedimiento inicial sobre este asunto el Órgano de Apelación.

7.120. A juicio del Grupo Especial, es totalmente evidente que en el procedimiento inicial el Órgano de Apelación solucionó la cuestión de si los Estados Unidos pueden excluir del acceso a la etiqueta *dolphin safe* el atún capturado mediante lances sobre delfines. El Órgano de Apelación constató que los lances sobre delfines son "especialmente dañin[os] para esos animales"²⁷¹, porque:

[M]ás allá de la mortalidad observada, los lances sobre delfines pueden causar diversos efectos perjudiciales, incluidos la separación de madres y crías durante la caza y el cercamiento, que amenaza la supervivencia de la cría y agrega víctimas al número de muertes observadas, y daños musculares, fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo y otras consecuencias perjudiciales para la salud de los delfines.

7.121. Es importante el hecho de que el Órgano de Apelación aceptó también que esos daños se producen como resultado de la "propia caza". En consecuencia, reafirmó la conclusión del Grupo Especial inicial de que "los objetivos de los Estados Unidos ... de reducir al mínimo las consecuencias no observadas de los lances sobre delfines" no podrían alcanzarse si el atún capturado mediante lances sobre delfines reuniera las condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*²⁷², porque "en la medida en que no desalentaría esos efectos no observados de los lances sobre delfines ni sus posibles consecuencias para las poblaciones de delfines ... [permitir que atún capturado mediante lances sobre delfines llevara la etiqueta *dolphin safe*] ... podría proporcionar un menor grado de protección que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* vigentes", incluso cuando los lances sobre delfines se efectúan de manera que se cumplan las disposiciones del APICD.²⁷³ El Órgano de Apelación concluyó, pues, que la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe* "aborda[...] plenamente" los riesgos que representan para los delfines los lances sobre delfines, y

medida, compuesta por la DPCIA (que no ha cambiado) y la resolución en el caso *Hogarth*, así como por el reglamento de aplicación pertinente, en conformidad con el Acuerdo sobre la OMC.

²⁶⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 230.

²⁶⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 202.

²⁶⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 198. (las cursivas figuran en el original)

²⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 98.

²⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* párrafo 289.

²⁷² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)* párrafo 7.613.

²⁷³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)* párrafo 7.613.

dejó claro que exigir a los Estados Unidos que eliminen esa exclusión obraría en menoscabo del logro por los Estados Unidos de su nivel de protección deseado.²⁷⁴

7.122. Así pues, tal como lo interpreta el Grupo Especial, el Órgano de Apelación constató claramente que los lances sobre delfines causan daños observados y no observados a delfines. No obstante, tal como lo entendemos, lo que hace que los lances sobre delfines sean especialmente dañinos es el hecho de que causan ciertos efectos no observados *más allá* de la mortalidad y las heridas "como resultado de la propia caza".²⁷⁵ Esos daños seguirían existiendo "incluso si se adoptaran medidas para evitar la captura y la muerte de delfines en las redes".²⁷⁶ Si el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación constataron que los Estados Unidos tienen derecho a tratar los lances sobre delfines y otros métodos de pesca de manera diferente es precisamente porque esos daños no observados no pueden atenuarse mediante medidas encaminadas a evitar la muerte y las heridas de delfines.

7.123. Por lo tanto, reafirmamos la constatación del Órgano de Apelación de que los Estados Unidos tienen derecho, con el fin de alcanzar su nivel de protección deseado, a excluir el atún capturado por ese método de tener en algún momento acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Recordamos que la medida estadounidense inicial se consideró incompatible con la OMC (y, en particular, incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC) no porque excluía el atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, sino porque la medida sobre el atún inicial *no era imparcial con respecto a otros métodos de pesca* que pueden causar también daños a delfines -hecho que no se reflejaba en el régimen inicial de etiquetado *dolphin safe*-.

7.124. A nuestro juicio, una lectura cuidadosa del informe del Órgano de Apelación demuestra también que éste consideró y respondió a la cuestión de si la no exclusión por el régimen de etiquetado del atún de *otros métodos de pesca* de atún priva necesariamente a la medida de imparcialidad. Es importante la constatación del Órgano de Apelación de que "la imposición de un requisito de que un observador independiente certifique que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en el curso de las operaciones de pesca en las que se capturó el atún [no] sería la *única* manera en que los Estados Unidos podrían adaptar sus disposiciones sobre el etiquetado '*dolphin safe*' en función de los riesgos que ... plantea[n] las técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines".²⁷⁷ Tal como la interpretamos, esta declaración tiene varias consecuencias importantes. En primer lugar, reconoce que, aunque "los riesgos para los delfines derivados de otras técnicas de pesca [no son] insignificantes"²⁷⁸, no obstante, los Estados Unidos *pueden* distinguir entre los lances sobre delfines que, como hemos señalado, consideraron "especialmente dañin[os]", y otros métodos de pesca de atún.

7.125. En segundo lugar, es crucial para la cuestión que tenemos ante nosotros que la declaración indica que, a juicio del Órgano de Apelación, los Estados Unidos pueden poner su régimen de etiquetado *dolphin safe* en conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC *sin excluir los métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines*. Esto es así porque la cuestión de la certificación por un observador sólo se plantea con respecto a los métodos de pesca de atún que, en principio, se admiten para la captura de atún *dolphin safe*. Las prescripciones en materia de certificación simplemente no son pertinentes en el caso de los métodos de pesca que se excluyen de la captura de atún *dolphin safe* porque el atún capturado por esos métodos *nunca ni en ninguna circunstancia reúne las condiciones* para utilizar la etiqueta. Por lo tanto, la certificación, que es la condición documental previa para el acceso a la etiqueta, sólo es pertinente en el caso del atún que, en principio, reúne las condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*. Al declarar que los Estados Unidos podían "adaptar" su medida sin exigir necesariamente la cobertura por observadores en el caso del atún capturado por métodos distintos de los lances sobre delfines, el Órgano de Apelación reconoció implícitamente que los métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines *no es necesario que sean excluidos para que los Estados Unidos pongan su medida en conformidad con el Acuerdo OTC*. Dicho en pocas palabras, no creemos que el Órgano de Apelación hubiera siquiera mencionado la cuestión de la certificación,

²⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* párrafo 287.

²⁷⁵ 275 Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.504.

²⁷⁶ 276 Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.504.

²⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* párrafo 296. (las cursivas figuran en el original)

²⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)* párrafo 289.

que sólo es pertinente en el caso de los métodos de pesca de atún que, por lo menos en principio, *reúnen las condiciones* para la captura de atún *dolphin safe*, si hubiera considerado que los Estados Unidos debían excluir necesariamente los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines a fin de hacer imparcial su medida.

7.126. Por consiguiente, en opinión del Grupo Especial, el procedimiento inicial "solucionó" la cuestión de si la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines, junto con la admisión del atún capturado por otros métodos de pesca, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación constató que no lo es. A la luz de esa constatación, no creemos que sea apropiado que reanudemus esa indagación. Antes bien, respetamos y reafirmamos la constatación del Órgano de Apelación de que, en la medida en que modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, los criterios de admisibilidad son imparciales y, por consiguiente, no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.127. Por supuesto, tomamos nota del que el Órgano de Apelación constató en último término que la medida sobre el atún inicial era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. No obstante, esa constatación se basó *no* en el hecho de que los Estados Unidos excluían del acceso a la etiqueta *dolphin safe* el atún capturado mediante lances sobre delfines sino, más bien, en el hecho de que el régimen reglamentario impuesto por los Estados Unidos a los métodos de pesca del atún *distintos* de los lances sobre delfines, que reúnen las condiciones para capturar atún *dolphin safe*, no se ocupa suficientemente de los riesgos que representan esos métodos para los delfines.²⁷⁹ Por lo tanto, la medida no era "imparcial", infringiendo así el párrafo 1 del artículo 2.

7.128. Por consiguiente, la cuestión que se plantea a este Grupo Especial *no* es si los Estados Unidos pueden, en forma compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, excluir todo el atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe* al tiempo que permiten ese acceso a todos los demás métodos. La cuestión que se nos plantea es, más bien, si la medida sobre el atún modificada, incluso mediante los cambios introducidos por la norma definitiva de 2013, se ocupa suficientemente de los riesgos que representan para los delfines los métodos de pesca del atún distintos de los lances sobre delfines, es decir, los métodos de pesca que se admiten para capturar atún *dolphin safe*. Lo que este Grupo Especial debe examinar es, por lo tanto, sólo el régimen reglamentario que actualmente se aplica a esos otros métodos de pesca que se admiten para capturar atún *dolphin safe*.

7.129. Al debatir esta cuestión, ambas partes han hecho referencia a una gama de pruebas documentales. Algunas de ellas se presentaron en el procedimiento inicial y algunas eran nuevas. A nuestro juicio, las nuevas pruebas presentadas por ambas partes sobre esta cuestión respaldan en último término nuestra decisión de reafirmar las conclusiones de la diferencia inicial de que los Estados Unidos tenían derecho a tratar los lances sobre delfines y otros métodos de pesca de atún de manera diferente. Las pruebas presentadas por México, especialmente en su primera comunicación escrita, indican ciertamente que se da muerte a un número muy importante de delfines en operaciones de pesca de atún realizadas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.²⁸⁰ Al igual que el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación²⁸¹ (y, señalamos, los propios Estados Unidos)²⁸², aceptamos que las pesquerías de atún distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO pueden haber causado, y, de hecho, han causado, daños importantes a delfines.

7.130. A nuestro juicio, ninguna de las nuevas pruebas presentadas por México es suficiente para debilitar la constatación del Órgano de Apelación de que ningún método de pesca distinto de los lances sobre delfines tiene en los delfines efectos tan uniformemente dañinos como los causados por los lances sobre delfines.²⁸³ Con respecto a la pesca con redes agalleras, México ha presentado pruebas sustanciales que demuestran que redes las agalleras dan muerte e hieren gravemente a

²⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298.

²⁸⁰ Véase, en general, la primera comunicación escrita de México, sección III.A.

²⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289.

²⁸² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 15 del Grupo Especial, párrafo 81.

²⁸³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289 (donde se señala que otros métodos de pesca pueden dar lugar al "mismo nivel que los riesgos de los lances sobre delfines" únicamente "en algunas circunstancias").

delfines. No obstante, ninguna de estas pruebas indica que las redes agalleras tengan el mismo tipo de efectos no observables que los lances sobre delfines. Donde más se aproximan las pruebas a fundar esa alegación es en la constatación por Gomercic y otros²⁸⁴ de que "[i]ncluso cuando los delfines no se ahogan inmediatamente en una red agallera, las interacciones con la red hacen que los delfines mueran después".²⁸⁵ Concretamente, el informe indica que las redes agalleras pueden dar lugar a la eventual estrangulación incluso de los delfines que consiguen liberarse de la red. Esta declaración va acompañada por una fotografía de un delfín con una "parte de una red agallera ... saliendo de [su] boca".²⁸⁶ Aunque puede ocurrir que delfines que sufren heridas en redes agalleras mueran en algún momento posterior, heridas como las que conducen a que partes de una red agallera "salgan de la boca" de delfines parecerían ser claramente el tipo de "heridas graves" que son observables y que, con arreglo a la medida sobre el atún modificada, deben ser objeto de certificación. Por consiguiente, aunque las pruebas presentadas por México parecen indicar que las redes agalleras causan la muerte o heridas graves *más tarde*, no indican que esas redes causen el mismo tipo de daños no observables que causan los lances sobre delfines.

7.131. Con respecto a la pesca con palangre, México ha presentado pruebas convincentes de que "las operaciones de pesca con palangre matan y mutilan a delfines".²⁸⁷ Las pruebas de México también parecen indicar que, por lo menos en algunas pesquerías, los palangres están teniendo efectos negativos en el carácter sostenible de las poblaciones de delfines.²⁸⁸ No obstante, también en este caso, ninguna de las pruebas de México indica que la pesca con palangre tenga efectos no observables similares a los que causan los lances sobre delfines. México alega que "incluso cuando los delfines no mueren inmediatamente debido a la interacción con un palangre, corren el riesgo de sufrir mutilaciones de sus bocas, sus aletas dorsales y otras partes de sus cuerpos, así como de ahogarse finalmente cuando no pueden liberarse del palangre".²⁸⁹ En su segunda comunicación escrita, México sostiene que "los delfines sufren efectos perjudiciales observados y no observados -incluidas graves heridas o muerte- como resultado de las operaciones de pesca comercial de atún que llevan a cabo en todas las pesquerías del mundo (es decir, tanto dentro como fuera del PTO) todos los países que poseen flotas dedicadas a la pesca comercial de atún".²⁹⁰ Para apoyar esta alegación, México cita la sección II.A.2 de su segunda comunicación escrita. Esa sección se refiere a "Las pruebas presentadas por México sobre los riesgos para los delfines en las pesquerías no situadas en el PTO". Aunque las pruebas resumidas en esa sección demuestran claramente que métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines representan graves amenazas para esos animales, no hemos podido hallar en ellas ninguna indicación de que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causen los tipos de daños no observables que causan dichos lances.

7.132. A fin de que ayudaran al Grupo Especial a comprender si los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causan daños no observables similares a los que causan los lances sobre esos animales -es decir, daños de los que no hay pruebas en el momento de la captura- el Grupo Especial pidió a las partes que explicaran si "métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causan daños no observados".²⁹¹ En su respuesta, México resumió un número considerable de informes y estudios que acreditan los efectos nocivos que métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines pueden tener en los delfines. Esas pruebas demuestran de manera convincente que diversos métodos de pesca de atún utilizados en el mundo entero tienen efectos negativos en la salud y el bienestar de las poblaciones de delfines.²⁹² Sin embargo, ninguna de ellas indica que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causen los mismos tipos de daños no observables que causan los lances de redes. Por el contrario, las pruebas de México se refieren a la magnitud de la mortalidad y las heridas graves causadas por los

²⁸⁴ M. Gomercic y otros, "Bottlenose Dolphin (*Tursiops Truncatus*) Depredation resulting in Larynx Strangulation with Gill-net Parts", 25 *Marine Mammal Science* 392 (2009) (México - Prueba documental 52), página 396.

²⁸⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafo 131.

²⁸⁶ Primera comunicación escrita de México, párrafo 131.

²⁸⁷ Primera comunicación escrita de México, párrafo 138.

²⁸⁸ D. Hamer, S. Childerhous y N. Gales, "Odontocete Bycatch and Depredation in Longline Fisheries: A Review of Available Literature and of Potential Solution", 28 *Marine Mammal Science* 345 (2012) (México - Prueba documental 55) página 345.

²⁸⁹ Primera comunicación escrita de México, párrafo 149.

²⁹⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 319.

²⁹¹ Pregunta 15 del Grupo Especial.

²⁹² Véase la respuesta de México a la pregunta 15 del Grupo Especial, párrafos 85-92.

métodos de pesca de atún, incluida la pesca con DCP²⁹³, la pesca con palangre²⁹⁴, la pesca con redes agalleras²⁹⁵, la pesca de arrastre²⁹⁶ y la pesca con redes de deriva.²⁹⁷ No obstante, esas son precisamente el tipo de interacciones que pueden y, con arreglo a la medida sobre el atún modificada, deben certificarse, y cuya existencia hace que cualquier atún capturado en el lance en el que se produjo la interacción perjudicial (es decir, la muerte o la herida grave) no reúna las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe*. No son el tipo de daños no observables que hemos constatado que se producen como resultado de los lances sobre delfines y que no pueden ser objeto de certificación porque no dejan ninguna prueba observable.

7.133. Señalamos el argumento de México de que los Estados Unidos han "coincido expresamente en que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causan daños no observados".²⁹⁸ Para respaldar esa alegación, México cita la nota 20 de pie de página de la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, redactada en los siguientes términos²⁹⁹:

[L]os Estados Unidos no quieren decir que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines no causen *ningún* daño no observado a delfines. Como hemos dicho, numerosas técnicas de pesca pueden causar potencialmente daños a mamíferos marinos, incluidos delfines, y los daños directos tendrán efectos indirectos (y no observados). Si un delfín madre es ahogado accidentalmente en el lance de una red de cerco sobre un DCP, por ejemplo, ese daño observado puede tener como resultado un daño no observado para la cría, que puede ser más vulnerable a los depredadores y a la posibilidad de morir de hambre. Pero México no presenta ninguna prueba de que otros métodos de pesca causen daños no observados que se aproximen siquiera a los que causan los lances sobre delfines como resultado de la propia caza.

7.134. En opinión del Grupo Especial, la nota 20 no es, como aduce México, una admisión de que métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causan el tipo de daños no observables que sufren los delfines como "resultado de la propia caza". En la nota 20 se reconoce que puede haber daños indirectos y no observables que sean consecuencia de daños *observables* causados por métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines. Cuando, por ejemplo, se da muerte o se hiere gravemente a un delfín madre en un empleo de artes, su cría puede sufrir también los resultados de la incapacidad de la madre para proporcionar cuidados, en particular alimento y protección. No obstante, el punto fundamental es que esos daños son resultado de mortalidad o heridas que, en sí mismas, son observables y cuya presencia hace que todo el atún capturado en el lance o el empleo de artes en que se produjo la herida o la mortalidad no sea *dolphin safe*. Esos daños pueden ser graves. Sin embargo, como son un resultado directo de daños observables, como heridas graves, todos los cuales pueden detectarse y notificarse, contrariamente a los tipos de daños no observables causados por los lances sobre delfines, esos tipos de daños indirectos son, pues, cualitativamente diferentes de los tipos de daños no observables causados por los lances sobre delfines. Como se explicó más arriba, estos últimos daños (es decir, los causados por lances sobre delfines) no son observables, en el sentido de que durante el lance no hay pruebas de que se produzcan. Pueden infligirse incluso en casos en los que ningún delfín queda preso en la red o en los que cualquier delfín capturado en la red es liberado

²⁹³ K.S.S.M. Yousuf y otros, "Observations on Incidental Catch of Cetaceans in Three Landing Centres Along the Indian Coast", 2 *Marine Biodiversity Records* 1 (México - Prueba documental 59), página 4.

²⁹⁴ *Kobe II Bycatch Workshop Background Paper* (México - Prueba documental 39), página 2; D. Hamer, S. Childerhous y N. Gales, "Odontocete Bycatch and Depredation in Longline Fisheries: A Review of Available Literature and of Potential Solution", 28 *Marine Mammal Science* 345 (2012) (México - Prueba documental 55); Pelagic Longline Take Reduction Team, *Key Outcomes* (Memorandum de la NOAA, 21-23 de agosto de 2012) (México - Prueba documental 62), páginas 4 y 5; Turtle Restoration Project, *Pillaging the Pacific: Pelagic Longline Fishing Captures About 4.4 Million Sharks, Billfish, Seabirds, Sea Turtles, and Marine Mammals Each Year in the Pacific Ocean* (16 de noviembre de 2004) (México - Prueba documental 64); R. Baird y A. Gogone, "False Killer Whale Dorsal Fin Disfigurements as a Possible Indicator of Long-Line Fishery Interactions in Hawaiian Waters", 59 *Pacific Science* 592 (2005) (México - Prueba documental 66, página 597).

²⁹⁵ *Kobe II Bycatch Workshop Background Paper* (México - Prueba documental 39), página 2.

²⁹⁶ A. Ross y S. Isaac, *The Net Effect? A Review of Cetacean Bycatch in Pelagic Trawls and other Fisheries in the North-East Atlantic* (México - Prueba documental 71), página. 15; L. Nunny, *The Price of Fish: A Review of Cetacean Bycatch in Fisheries in the North-East Atlantic* (México - Prueba documental 72), página 16.

²⁹⁷ Z. Smith et al, *Net Loss: The Killing of Marine Mammals in Foreign Fisheries* (informe del NRDC R:13-11-B, enero de 2014) (México - Prueba documental 103), página 29.

²⁹⁸ Respuesta de México a la pregunta 15 del Grupo Especial, párrafo 88.

²⁹⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 17, nota 20.

sin ninguna herida aparente. Por consiguiente, son daños cuya presencia no puede registrarse. Evidentemente, esto debilitaría los objetivos de los Estados Unidos que, como reconoce México, son "i) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines; y ii) contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras de manera que tenga efectos perjudiciales en los delfines".³⁰⁰

7.135. A la luz de lo que antecede, nuestra opinión es que México no ha proporcionado pruebas suficientes para demostrar que los lances sobre delfines no causan daños observados y no observados a delfines o que otros métodos de pesca de atún causan de ordinario daños similares. En cambio, el Grupo Especial está de acuerdo con los Estados Unidos en que "*incluso si* hay pesquerías de atún que utilizan ... tipos de artes que producen el mismo número de muertes y heridas graves de delfines permitido o causado en el PTO ... simplemente *no* es cierto que esas pesquerías den lugar al mismo nivel de daños no observados, como la en el caso del de madres y crías, daños musculares y fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo, que aparecen como resultado de la propia caza".³⁰¹ Tal como lo entendemos, esta posición fue también la base de lo sostenido por el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación sobre esta cuestión. Por lo tanto, constatamos que las nuevas pruebas presentadas en este procedimiento simplemente respaldan la conclusión a que llegaron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial.

7.5.2.3 Las alegaciones restantes de trato menos favorable formuladas por México: las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes

7.136. En el procedimiento inicial, el Grupo Especial constató, y el Órgano de Apelación aceptó, que excluir el atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe* "aborda *plenamente* los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines en el PTO".³⁰² No obstante, el Órgano de Apelación también constató que "la utilización de determinados métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines 'fuera del PTO puede dar lugar a niveles importantes de capturas incidentales de delfines' y que 'las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* no se ocupan de la mortalidad observada ni de cualesquiera efectos perjudiciales resultantes para las poblaciones de delfines en el caso del atún no capturado mediante lances sobre delfines'".³⁰³ Como la medida inicial abordaba plenamente los riesgos que representaba para los delfines la pesquería de grandes buques de cerco del PTO pero no abordaba suficientemente los riesgos para los delfines que se planteaban en otras pesquerías, el Órgano DE Apelación constató que la medida era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.137. Así pues, tal como lo entendemos, el Órgano de Apelación exigió a los Estados Unidos que modificaran su régimen de etiquetado *dolphin safe* para garantizar que se ocupara suficientemente de los riesgos similares que representaban para los delfines todos los métodos de pesca en todos los océanos. En el presente procedimiento, México aduce que los Estados Unidos no lo han hecho. Para respaldar esa posición, como dijimos anteriormente, México señala tres distinciones reglamentarias que, a su juicio, siguen sin ocuparse suficientemente de los riesgos que representan para los delfines métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines en el PTO: las prescripciones en materia de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes. Explicamos más arriba que el Órgano de Apelación constató en el procedimiento inicial que las prescripciones en materia de admisibilidad no infringían el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Pasamos ahora a analizar las otras dos distinciones. Nuestra tarea con respecto a ellas es determinar si la medida sobre el atún modificada aborda suficientemente los diversos riesgos resultantes para los delfines de métodos de pesca diferentes en océanos diferentes o si continúa "no ... ocup[ándose] de la mortalidad observada ... en el caso del atún" capturado por métodos distintos de los lances sobre delfines en el PTO.

³⁰⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 3.

³⁰¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 113. (no se reproducen las citas internas)

³⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

³⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298.

7.138. Señalamos que esta determinación sólo se plantea en la medida en que los Estados Unidos han optado por ocuparse de los riesgos que representa para los delfines la pesca de atún. En otros términos, con arreglo a las disposiciones de la OMC, los Estados Unidos no tienen una obligación general de proteger a los delfines. La obligación de los Estados Unidos de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC es, en términos amplios, no discriminar contra los productos importados. Pero, en la medida en que los Estados Unidos han decidido abordar plenamente los riesgos que representan para los delfines los lances sobre delfines en el PTO -y han conseguido hacerlo-, el Órgano de Apelación constató que también deben ocuparse de los riesgos que plantean para los delfines otras pesquerías, a fin de actuar de manera no discriminatoria.³⁰⁴

7.139. En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación aceptó que "la utilización de determinadas técnicas de pesca de atún *distintas* de los lances sobre delfines puede causar ... efectos perjudiciales a esos animales".³⁰⁵ También constató que, aunque "determinadas condiciones ambientales que existen en el PTO (como la intensidad de la asociación entre el atún y los delfines) son únicas, las pruebas ... parecen indicar que los *riesgos* con que se enfrentan las poblaciones de delfines en el PTO *no lo son*".³⁰⁶ El Órgano de Apelación "no esta[ba] convencido[...]" de que como mínimo, algunas de las poblaciones de delfines afectadas por técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines no se enfrenten con riesgos equivalentes, por lo menos, a los que afrontan actualmente las poblaciones de delfines del PTO".³⁰⁷

7.140. Es importante que el Órgano de Apelación constató que la certificación exigida por la medida sobre el atún inicial en el caso de los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines -que "no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente durante la expedición de pesca"- "no aborda[ba] los riesgos derivados de otros métodos de pesca, como los DCP". EL Órgano de Apelación explicó que "el riesgo para los delfines resultante de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines 'sólo podría vigilarse imponiendo una prescripción sustantiva diferente, a saber, que en los lances efectuados para capturar atún no se haya dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín'".³⁰⁸

7.141. Por supuesto, imponer una nueva prescripción sustantiva es precisamente lo que han hecho los Estados Unidos mediante la norma definitiva de 2013. Como señaló el Grupo Especial en la parte expositiva de su informe, la norma definitiva de 2013 exige que, a partir de la fecha de su entrada en vigor, *todo* el atún, con independencia del lugar y de la manera en que fue capturado, sólo puede llevar la etiqueta *dolphin safe* si no fue capturado mediante un lance u otro empleo de artes en que se diera muerte o se hiriera gravemente a uno o varios delfines. Esto quiere decir que la certificación sustantiva exigida para todo el atún, con independencia del lugar o la manera en que se capturó, es ahora la misma. A juicio del Grupo Especial, esta nueva uniformidad de la certificación sustantiva exigida atiende la preocupación concreta identificada por el Órgano de Apelación en el párrafo 292 de su informe y hace que la medida modificada se aproxime al cumplimiento de las disposiciones de la OMC.

7.142. Aunque México no ha impugnado las nuevas prescripciones sustantivas relativas en materia de certificación, aduce que el hecho de que siga habiendo diferencias en cuanto a *quién* debe efectuar las certificaciones sustantivas en qué circunstancias, y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes aplicadas dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y fuera de ella, significan que la medida sobre el atún modificada no aborda los riesgos similares existentes para los delfines en las distintas pesquerías de manera imparcial y, por lo tanto, sigue infringiendo el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.143. Antes de continuar, el Grupo Especial recuerda que las dos distinciones de que se trata en esta sección de su informe sólo son pertinentes en el caso del atún que reúne las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe* y se tiene intención de que la reciba. La medida sobre el atún

³⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 298.

³⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.520).

³⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.552). (las cursivas figuran en el original)

³⁰⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.617).

³⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 292 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.561).

modificada no *prohíbe* que se venda en el mercado estadounidense atún no *dolphin safe*, sino que sólo controla el acceso a la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos.³⁰⁹ Por consiguiente, el atún que no reúne las condiciones para utilizar esa etiqueta (es decir, el atún capturado mediante lances sobre delfines) o que no se tiene intención de vender con esa etiqueta no resulta afectado por estas distinciones reglamentarias.

7.144. En lo relativo a nuestro orden del análisis, el Grupo Especial señala que, en sus comunicaciones, México trata en primer lugar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes y en segundo lugar las prescripciones en materia de certificación diferentes. No obstante, en nuestro informe tratamos en primer lugar las prescripciones en materia de certificación diferentes y en segundo lugar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes a fin de reflejar lo que entendemos que es el orden cronológico en que surgen las prescripciones impuestas por las distinciones reglamentarias pertinentes.³¹⁰ Esto es simplemente una cuestión de presentación, y no creemos que tenga ninguna importancia para el contenido de nuestro análisis.

7.5.2.4 Las prescripciones en materia de certificación diferentes

7.145. México describe las prescripciones en materia de certificación diferentes del modo siguiente:

Las prescripciones obligatorias en materia de observadores independientes en el caso del atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines conformes con el APICD y la inexistencia de esas prescripciones en el caso del atún capturado fuera del PTO utilizando los mismos métodos de pesca y otros métodos distintos.³¹¹

7.146. Antes de realizar nuestro análisis sustantivo, señalamos que la descripción que hace México de la distinción reglamentaria en su primera comunicación escrita no está totalmente completa, en la medida en que puede parecer que indica que los buques que pescan atún fuera del PTO y los buques distintos de los grandes buques de cerco que faenan dentro del PTO *nunca* están sometidos a prescripciones obligatorias en materia de observadores. Esta indicación sería incorrecta. Como explicamos en la parte expositiva del informe, esos buques sí pueden estar sometidos a prescripciones obligatorias en materia de observadores si se cumplen determinadas condiciones.³¹²

7.147. Además, la descripción que hace México de la distinción en su primera comunicación escrita se refiere a prescripciones en materia de observadores en el caso del "atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines". No obstante, tal como lo entendemos, la medida sobre el atún modificada exige la certificación por los observadores para todo el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO. Lo que es decisivo en relación con las prescripciones en materia de certificación de observadores no es, pues, el método realmente utilizado para capturar atún (por ejemplo, los lances sobre delfines) sino el tipo de buque y el lugar en que éste realiza sus operaciones de pesca. Con arreglo a la medida sobre el atún modificada, los grandes buques de cerco que faenan en el PTO están obligados a presentar prueba de una certificación por un observador que sea conforme con el APICD (y por tanto a llevar a bordo observadores) tengan o no la intención de efectuar lances sobre delfines o los efectúen o no realmente.

7.148. Por consiguiente, a nuestro juicio, la distinción reglamentaria pertinente puede articularse con mayor precisión del modo siguiente: Las prescripciones obligatorias en materia de certificación por observadores independientes en el caso de todo el atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y la inexistencia de esas prescripciones (a menos que se hayan efectuado ciertas determinaciones con respecto a la pesquería en que se capturó el atún) en el caso de todo el atún capturado en todas las demás pesquerías.

³⁰⁹ Véase el párrafo 3.2 *supra*.

³¹⁰ Así, las obligaciones de certificación surgen en primer lugar, en el momento de la captura; y las obligaciones de mantenimiento de registros sólo surgen posteriormente, una vez que el atún capturado ha sido almacenado a bordo del buque de pesca.

³¹¹ Primera comunicación escrita de México, párrafo 236.

³¹² Véase el párrafo 3.45 *supra*.

7.149. De hecho, el propio México revisó su descripción de esta distinción reglamentaria en el curso del procedimiento. En su declaración inicial en la reunión del Grupo Especial con las partes, México describió la distinción en los siguientes términos:

En el caso del atún mexicano, la designación inicial de la condición *dolphin safe* está sometida a prescripciones obligatorias en materia de observadores independientes en el lugar en que el atún se extrae del océano, lo cual impide que atún no *dolphin safe* se etiquete incorrectamente como *dolphin safe* mientras que, en el caso del atún procedente de otros países, no efectúan la designación inicial de la condición *dolphin safe* observadores independientes, lo cual permite que el atún se etiquete incorrectamente como *dolphin safe* cuando, en realidad, no lo es.³¹³

7.150. A nuestro juicio, esta formulación capta con mayor precisión la distinción reglamentaria de que se trata (aunque señalamos que todo el atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, incluido el atún capturado por buques que pertenecen a países distintos de México, está sometido a la prescripción en materia de observadores, por lo que la distinción es *de facto* más que *de jure*). Esta formulación es coherente con la manera en que entendemos la cuestión, como se explica en el párrafo 7.148 *supra*. Por lo tanto, nuestro análisis continúa sobre la base de esa descripción de la distinción reglamentaria pertinente.

7.151. En los párrafos que figuran a continuación examinamos, en primer lugar, si las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. Si México puede convencernos de que existe ese efecto perjudicial, continuaremos con el examen de si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.5.2.4.1 La cuestión de si las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos

7.5.2.4.1.1 Argumentos de las partes

7.152. Como señaló el Grupo Especial en el contexto de su examen arriba realizado de los criterios de admisibilidad, el centro de la alegación sobre trato perjudicial formulada por México es que, con arreglo a la medida sobre el atún modificada, la mayor parte del atún y los productos de atún mexicanos -capturado u obtenidos a partir de atún capturado mediante lances sobre delfines- no reúne las condiciones para recibir la etiqueta estadounidense *dolphin safe*, mientras que la mayor parte del atún capturado y los productos de atún transformados por los Estados Unidos y otros Miembros de la OMC -capturado por medios distintos de los lances sobre delfines o transformados a partir de ese atún- sí reúne esas condiciones. A la luz de esta alegación central, el argumento de México sobre el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación diferentes no es que esas prescripciones, de por sí, bloquean u obstaculizan el acceso de México a la etiqueta *dolphin safe*. En lugar de ello, la reclamación de México es que:

[l]a inexistencia de suficientes prescripciones en materia de ... observadores aplicables al atún utilizado para producir los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países significa que los productos de atún mexicanos están perdiendo oportunidades de competencia frente a productos de atún que pueden etiquetarse erróneamente como *dolphin safe*. Esta diferencia es lo que crea el efecto perjudicial.³¹⁴

7.153. Según México, el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación diferentes no deriva del "hecho de que se nieguen oportunidades de competencia" -esto es, más allá o además de la denegación inherente a la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines³¹⁵- sino, más bien, de la concesión de una "ventaja competitiva" al atún y los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros Miembros de la OMC.³¹⁶

³¹³ Declaración inicial de México, párrafo 52.

³¹⁴ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 117. (subrayado en el original)

³¹⁵ Declaración inicial de México, párrafo 50.

³¹⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 117.

7.154. Así pues, tal como lo entendemos, la alegación de México es que, al exigir certificaciones de observadores en el caso de todo el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO y no exigir otro tanto en el caso del atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO, la medida sobre el atún modificada impone una carga más ligera, desde el punto de vista del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, al atún capturado en pesquerías en las que se utilizan medios distintos de los lances sobre delfines en el PTO.³¹⁷ Al hacer más fácil el acceso a la etiqueta para el atún capturado por métodos distintos de los lances sobre delfines en el PTO, las prescripciones en materia de certificación diferentes proporcionan a ese atún una ventaja competitiva. Esto modifica las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. México alega también que las prescripciones en materia de certificación diferentes crean una oportunidad de que el atún capturado en un lance otro empleo de artes en que se haya dado muerte o herido gravemente a un delfín se etiquete incorrectamente como *dolphin safe*. Como consecuencia de ello, atún que no es en realidad *dolphin safe* puede disfrutar de la ventaja comercial que implica llevar la etiqueta *dolphin safe*. En cambio, "[e]n el caso del atún mexicano, la designación inicial de la condición *dolphin safe* está sometida a prescripciones obligatorias en materia de observadores independientes en el momento en que el atún es capturado en el océano, lo cual evita que atún no *dolphin safe* sea etiquetado incorrectamente como *dolphin safe*".³¹⁸

7.155. Los Estados Unidos rechazan los argumentos de México. Como señalamos más arriba, la principal afirmación de los Estados Unidos es que "el efecto perjudicial no deriva de" las prescripciones en materia de certificación diferentes o las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes. En lugar de ello, "el primer elemento de México [es decir, los criterios de admisibilidad] es el efecto perjudicial" y, como "los productos de atún mexicanos que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines seguirían sin reunir las condiciones para tener acceso a la etiqueta '*dolphin safe*' incluso si no existieran las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes, "México simplemente no puede demostrar la existencia de una relación causal entre el efecto perjudicial" y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes".

7.156. Para apoyar esta alegación, los Estados Unidos aducen que "México no ha presentado *ninguna* prueba para demostrar" que las prescripciones en materia de certificación diferentes o las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. Según los Estados Unidos:

[L]o que México parece afirmar es que su acceso al mercado aumentaría si ocurriera cualquiera de las dos cosas siguientes: 1) si los Estados Unidos eliminaran la necesidad de incluir en el formulario 370 que acompaña a los productos de atún mexicanos el número de seguimiento exigido por el APICD y una certificación del Gobierno de México en la que se declare que había un observador a bordo del buque o 2) si los Estados Unidos exigieran que todos los productos de atún que contengan atún observen prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de cobertura por observadores equivalentes a lo exigido por el APICD.

Pero México no presenta pruebas de que se venderían en el mercado estadounidense más productos de atún mexicanos no *dolphin safe* en ninguno de esos supuestos. Las preferencias de los consumidores de los Estados Unidos no han cambiado. La demanda de productos de atún no *dolphin safe* sigue siendo baja. No existe una relación causal entre esas prescripciones y la denegación del "acceso" a la etiqueta que, según determinó el Órgano de Apelación, constituye el efecto perjudicial.³¹⁹

7.157. Además, en su declaración inicial en la reunión del Grupo Especial con las partes, los Estados Unidos sostuvieron que "México [no ha] presentado ninguna prueba de que, incluso si se

³¹⁷ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 193 (donde se aduce que la medida sobre el atún modificada impone "un criterio en el caso del atún capturado dentro del PTO, y un criterio separado y menos exigente en el del atún capturado fuera del PTO").

³¹⁸ Declaración inicial de México, párrafo 52. (sin cursivas en el original)

³¹⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 76 y 77.

pudiera descubrir cualquier comercialización ilegal, esa desafortunada circunstancia sería más frecuente que en el caso de los productos de atún que contienen atún del PTO".³²⁰

7.158. Por ello, los Estados Unidos piden al Grupo Especial que rechace los argumentos de México.

7.5.2.4.1.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.159. Como explicó el Grupo Especial en su examen de la prueba jurídica establecida en el marco del párrafo 1 del artículo 2³²¹, el trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se da cuando a) la medida en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados; y b) por lo menos cuando ese trato perjudicial es *de facto*, el trato perjudicial identificado en a) no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Un grupo especial debe necesariamente formular una constatación sobre la existencia de un trato perjudicial antes de pasar a examinar si ese trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Si el reclamante no puede acreditar *prima facie* la existencia de ese trato, el grupo especial no puede pasar al segundo paso del análisis del trato menos favorable porque, como ha dicho el Órgano de Apelación, sólo los aspectos de un reglamento técnico que dan lugar a un trato perjudicial deben examinarse con arreglo a la prueba de la distinción reglamentaria legítima.³²² En consecuencia, si México no puede acreditar *prima facie* que las prescripciones en materia de certificación diferentes dan lugar a un trato perjudicial de sus productos de atún en el mercado de los Estados Unidos, no necesitamos pasar a la segunda parte del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.160. El Grupo Especial constató ya más arriba que México ha presentado una alegación separada de trato menos favorable con respecto a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes y que es apropiado que consideremos esa alegación, aunque se desarrolló en el curso de las comunicaciones escritas primera y segunda de México. Por consiguiente, pasamos ahora a examinar el fundamento de la argumentación de México.

7.161. La primera cuestión que debemos tratar es si México ha conseguido acreditar *prima facie* que las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún similares procedentes de México. En particular, debemos determinar si, como ha aducido México, la inexistencia de una prescripción en materia de cobertura por observadores aplicable a los buques de pesca distintos de los grandes buques de cerco que faenan en el PTO efectivamente concede una ventaja competitiva al imponer una carga más ligera, desde el punto de vista del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO y a los productos de atún hechos con ese atún, incluso aumentando la probabilidad de que ese atún se etiquete como *dolphin safe* aun cuando sea capturado mediante un lance u otros empleos de artes en que se haya dado muerte o se haya herido gravemente a delfines.

7.162. A juicio del Grupo Especial, es evidente que, al no exigir la cobertura por observadores fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada impone una carga más ligera al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO y los productos de atún hechos con ese atún. Los Estados Unidos han reconocido que la presencia de observadores implica el gasto de recursos importantes³²³, y ambas partes dejaron claro en sus respuestas orales en la reunión del Grupo Especial y en sus respuestas por escrito a las preguntas del Grupo Especial que los costos de la aplicación de la cobertura por observadores pueden ser considerables.³²⁴ De hecho, los Estados Unidos reconocen expresamente que el gasto de recursos necesario para establecer y mantener programas de observadores "representa un enorme obstáculo a la entrada" en el mercado estadounidense de atún y puede ascender a centenares de millones de dólares.³²⁵ A nuestro juicio, estos hechos conducen

³²⁰ Declaración inicial de los Estados Unidos, párrafo 26.

³²¹ Véase la sección 7.5.1 *supra*.

³²² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286.

³²³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 265 y 266.

³²⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 265; y respuestas de los Estados Unidos y México a las preguntas 48, 49 y 50 del Grupo Especial. Véase especialmente la respuesta de México a la pregunta 48 del Grupo Especial, párrafos 137 y 138 (donde se explican los costos que recaen sobre México).

³²⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 49 del Grupo Especial, párrafo 266.

claramente a la conclusión de que las prescripciones en materia de certificación diferentes imponen una carga menor en el caso del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los productos de atún hechos con ese atún y, por lo tanto, modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos.

7.163. Con respecto a la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican en forma perjudicial las condiciones de competencia porque hacen más probable que el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO sea etiquetado erróneamente, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que México no ha proporcionado "pruebas [concretas] de que productos de atún no *dolphin safe* producidos fuera del PTO se comercialicen ilegalmente en los Estados Unidos como *dolphin safe*".³²⁶ No obstante, no estamos convencidos de que México, como cuestión de derecho, tenga la obligación de presentar esas pruebas para sostener su alegación. Como explicamos en nuestro examen de la norma de la prueba³²⁷ en un principio arraigado que, para probar una alegación de efecto perjudicial, no se espera que el reclamante demuestre que la medida en litigio "conllevará en todos los casos el otorgamiento de un trato menos favorable a los productos similares importados".³²⁸ De hecho, el Órgano de Apelación ha sostenido en repetidas ocasiones, en el contexto del análisis del trato menos favorable en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que no "es necesario que el examen [de si una medida modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados] se base en los efectos reales en el mercado de la medida impugnada".³²⁹

7.164. Esta observación se aplica con especial fuerza en el contexto del análisis del trato perjudicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2, en relación con el cual el Órgano de Apelación ha dado instrucciones a los grupos especiales de que presten especial atención al "diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación" del reglamento técnico de que se trate.³³⁰ Según estas instrucciones, los grupos especiales tienen derecho -y, de hecho, están obligados- a examinar cuidadosamente lo que puede denominarse los rasgos o características "objetivos" de la medida -es decir, no sólo cómo funciona la medida en la práctica sino cómo está diseñada, cómo encajan entre sí sus diversas partes y qué consecuencias pueden tener su estructura y arquitectura generales-. Por consiguiente, aunque no tendríamos prohibido examinar pruebas de casos reales de etiquetado incorrecto si México las hubiera presentado, no creemos que el hecho de que México no haya presentado tales pruebas sea decisivo para que se rechace su alegación de que las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado de los Estados Unidos en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos.

7.165. Por supuesto, esto no significa que México no tenga que proporcionar *ninguna* prueba para fundamentar sus alegaciones: una constatación de trato perjudicial "no puede apoyarse en una simple afirmación".³³¹ No obstante, México puede basar sus alegaciones en pruebas y argumentos relativos al "diseño, la arquitectura y la estructura reveladora" de la medida sobre el atún modificada. De hecho, eso es lo que México ha tratado de hacer.

7.166. La afirmación fáctica central en que se basa la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes hacen más fácil que el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO sea etiquetado incorrectamente es que "los capitanes no están cualificados ni son capaces de hacer" una determinación exacta de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines en un empleo de artes determinado.³³²

³²⁶ Declaración inicial de los Estados Unidos, párrafo 26.

³²⁷ Véase la sección 7.4.2 *supra*.

³²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 221.

³²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE* (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 215. Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafos 129 ("No es necesario que este análisis se base en datos empíricos sobre los efectos reales de la medida en litigio en el mercado interno del Miembro de que se trate. Por supuesto, no hay nada que impida a un grupo especial tener en cuenta esos datos relativos a los efectos reales"), y 134 ("Ese examen puede perfectamente incluir -aunque no se exige- una evaluación de la medida impugnada a la luz de las pruebas relativas a los efectos reales de la medida en el mercado").

³³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 206; véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 225.

³³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 130.

³³² Primera comunicación escrita de México, párrafo 285; y segunda comunicación escrita de México, párrafo 168.

Por consiguiente, a juicio de México, "es tanto apropiado como necesario que exista una prescripción en materia de observadores independientes para la pesca de atún fuera del PTO".³³³ Según México, la incapacidad de los capitanes para certificar con exactitud la condición *dolphin safe* del atún "crea un riesgo muy real de que se certifique indebidamente que el atún es *dolphin safe*", con la consecuencia de que el "atún capturado en el PTO que es certificado como *dolphin safe* con exactitud por observadores independientes perderá oportunidades de competencia frente al atún capturado fuera del PTO, que ha sido objeto de una certificación *dolphin safe* que es intrínsecamente no fiable".³³⁴

7.167. Los Estados Unidos rechazan esas alegaciones. En su opinión, "[e]l hecho simple es que la declaración de un capitán es un medio eficaz de determinar si el atún reúne las condiciones para utilizar la etiqueta".³³⁵ Según los Estados Unidos, "el argumento de México *da por supuesto* que los capitanes que actúan fuera del PTO certifican fraudulentamente que el atún es *dolphin safe* cuando no lo es"³³⁶, pero "México no ha proporcionado ninguna prueba de ese fraude".³³⁷ Los Estados Unidos concluyen que "México no puede esperar demostrar su alegación basándose simplemente en su insistencia en que las certificaciones de los capitanes que actúan fuera del PTO son intrínsecamente no fiables -y en nada más-".³³⁸

7.168. Señalamos que los propios Estados Unidos han reconocido que la certificación de un observador "refuerza" la certificación *dolphin safe*.³³⁹ Tal como lo entendemos, se trata de una admisión de que la certificación de un observador reafirma o aumenta la exactitud y la fiabilidad de la etiqueta. Esa admisión no implica la conclusión de que, sin observadores, las certificaciones de los capitanes son siempre y necesariamente "intrínsecamente no fiables"³⁴⁰ pero, al reconocer que la certificación de un observador "refuerza" la certificación *dolphin safe*,³⁴¹ los Estados Unidos han admitido que la certificación de un observador puede reafirmar la veracidad, la fiabilidad y, lo cual es importante, la exactitud de la certificación pertinente. Por lo tanto, incluso el argumento de los propios Estados Unidos parece reconocer que puede ser *más fácil* o *más probable* que las certificaciones *dolphin safe* hechas únicamente por capitanes sean inexactas que lo sean las certificaciones sobre los delfines de capitanes y observadores. Y, por supuesto, la consecuencia de esto es que puede ser más probable que el atún capturado por buques distintos de los grandes buques de cerco que faenan en el PTO se etiquete erróneamente como *dolphin safe* que el atún capturado por grandes buques de cerco que faenan en el PTO.

7.169. Sin embargo, a juicio del Grupo Especial no es necesario formular una constatación definitiva sobre ese punto. La constatación por el Grupo Especial de que las prescripciones diferentes imponen una carga más ligera, desde el punto de vista del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO y los productos de atún hechos con ese atún es suficiente para justificar una constatación de que ese aspecto de la medida modifica las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. A la luz de lo que interpretamos como la admisión de los Estados Unidos, el Grupo Especial sí considera que tiene cierto fundamento la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes pueden hacer más probable que el atún capturado fuera del PTO sea etiquetado erróneamente. No obstante, en último término, una constatación definitiva sobre este punto exigiría un análisis complejo y detallado de todos los diversos factores que pueden hacer que el atún sea etiquetado erróneamente. Ese análisis no es necesario en el contexto de la presente diferencia.

7.170. Por consiguiente, el Grupo Especial acepta la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican en forma perjudicial las condiciones de competencia porque imponen al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco

³³³ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 167.

³³⁴ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 182.

³³⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 267.

³³⁶ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 122. (las cursivas figuran en el original)

³³⁷ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 100.

³³⁸ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 122.

³³⁹ Véanse las respuestas de los Estados Unidos a la pregunta 31 del Grupo Especial, párrafo 175, y a la pregunta 32 del Grupo Especial, párrafo 180.

³⁴⁰ Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de México, párrafo 147.

³⁴¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 31 del Grupo Especial, párrafo 175; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 32 del Grupo Especial, párrafo 180.

del PTO y los productos de atún hechos con ese atún una carga considerablemente más ligera que al atún capturado dentro de esa pesquería.

7.171. Antes de concluir nuestro examen de si las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, el Grupo Especial debe tratar la afirmación de los Estados Unidos de que cualquier efecto perjudicial que sufran el atún y los productos de atún mexicanos debido a las prescripciones diferentes en materia de observadores deriva del régimen del APICD y no de la medida sobre el atún modificada³⁴², con la consecuencia de que no existe una "relación auténtica entre la medida en litigio y la repercusión desfavorable en las oportunidades de competencia de los productos importados".³⁴³ Aunque los Estados Unidos plantearon por primera vez esta cuestión en la sección de su primera comunicación escrita titulada "México no demuestra que el efecto perjudicial no derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima", reconocieron expresamente que la cuestión de la "relación auténtica" es pertinente para la cuestión de si "la medida estadounidense tiene un efecto perjudicial en las condiciones de competencia".³⁴⁴ Por consiguiente, consideramos que es apropiado tratar esa cuestión en este contexto, aunque volveremos también a ella en el curso de nuestro examen de si cualquier trato perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación diferentes deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.172. Según los Estados Unidos, no existe una relación auténtica entre la medida sobre el atún modificada y cualquier efecto perjudicial que sufran el atún y los productos de atún mexicanos debido a las prescripciones en materia de certificación diferentes porque esas prescripciones diferentes no han sido "establecidas"³⁴⁵ por la medida sobre el atún modificada sino, más bien, por el APICD, un tratado internacional al que México se incorporó en el libre ejercicio de su soberanía. Según los Estados Unidos, la prueba de esta afirmación es el hecho de que, incluso "si los Estados Unidos eliminaran todas las referencias al APICD (y sus prescripciones) de la medida modificada, las diferencias relativas al mantenimiento de registros y los observadores de que se queja México seguirían existiendo".³⁴⁶ Como explican los Estados Unidos:

La prescripción del programa de cobertura por observadores del APICD figura en el APICD y documentos conexos. Esas prescripciones no se repiten en la legislación estadounidense.

En lugar de ello, la medida modificada exige que, en el caso de ... [los grandes buques de cerco que faenan en el PTO y no ostentan el pabellón estadounidense], el atún vaya acompañado por un formulario 370 y documentación válida firmada por el representante del país miembro del PICD apropiado, que certifique, entre otras cosas, que hubo a bordo durante toda la expedición un observador aprobado por el PICD.³⁴⁷

7.173. Por tanto, "[l]a prescripción de que los grandes buques de cerco que operen en el PTO lleven observadores a bordo (mientras que esa prescripción no afecta a otros buques) *procede del APICD* y no de la legislación estadounidense".³⁴⁸ De hecho, dicen los Estados Unidos, la prescripción ni siquiera "se repite en la legislación estadounidense".³⁴⁹

7.174. México parece reconocer que las prescripciones en materia de certificación diferentes proceden del APICD en el sentido de que tienen su origen en él. No obstante, a juicio de México,

³⁴² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 226.

³⁴³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 295 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.101).

³⁴⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 195.

³⁴⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 226.

³⁴⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 226. (las cursivas figuran en el original)

³⁴⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 253 y 254. (las cursivas y el subrayado figuran en el original) Véase también la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 111 ("En el caso de los grandes buques mexicanos de cerco que operan en el PTO, cualquier atún vendido como *dolphin safe* debe ir acompañado por un formulario 370 y documentación válida firmada por un representante del Gobierno de México que certifique, entre otras cosas, que hubo a bordo durante toda la expedición un observador aprobado por el APICD").

³⁴⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 256. (las cursivas figuran en el original)

³⁴⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 112.

"[c]on su argumento, los Estados Unidos tratan de evitar el hecho de que la medida sobre el atún modificada incorpora expresamente las prescripciones del APICD".³⁵⁰ México explica que:

En el artículo (d)(2)(B) de la DPCIA se establece que, para que un producto de atún que contenga atún capturado en el PTO se considere *dolphin safe*, debe ir acompañado por una declaración escrita otorgada por i) un funcionario del Departamento de Comercio, ii) un representante de la CIAT (es decir, la Comisión Interamericana del Atún Tropical) o iii) un representante autorizado de un país participante cuyo programa nacional se ajuste a las prescripciones del APICD, en la que se declare que hubo a bordo del buque durante toda la expedición un observador aprobado por el APICD y que el observador certificó que no se efectuaron lances sobre delfines durante toda la expedición y que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín durante el lance en que se capturó el atún. No existe esa prescripción en el caso de los productos de atún no procedentes del PTO.³⁵¹

7.175. A juicio de México, como las prescripciones del APICD están incorporadas en la medida sobre el atún modificada "[e]l argumento de los Estados Unidos de que no hay relación entre la medida sobre el atún modificada y el APICD es ... indefendible".³⁵²

7.176. Es algo arraigado que, como resolvió el Órgano de Apelación en el contexto tanto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC como del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, "[e]n todo caso, es necesario que haya siempre una relación auténtica entre la medida en litigio y su repercusión desfavorable en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares".³⁵³ Al considerar si existe una "relación auténtica" entre la medida sobre el atún modificada y el efecto perjudicial que alega México, recordamos también la explicación del Órgano de Apelación, dada en el curso del procedimiento inicial en este asunto, según la cual "[a]l evaluar si hay una relación auténtica entre la medida en litigio y un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados, lo que hay que preguntarse es si la actuación gubernamental 'afecta a las condiciones en que compiten los productos similares, nacionales e importados, en el mercado comprendido en el territorio de una Miembro'".³⁵⁴ Esta declaración dirige nuestra atención hacia la cuestión de si el efecto perjudicial es *atribuible* a la actuación del gobierno o tiene algún otro origen.

7.177. A nuestro juicio, aunque la prescripción en materia de cobertura por observadores aplicable a los grandes buques de cerco que pescan en el PTO tiene su origen en el APICD, las prescripciones en materia de certificación diferentes -es decir, la *distinción reglamentaria* entre las prescripciones aplicables al atún capturado por grandes buques de cerco, por una parte, y las prescripciones aplicables a otros buques, por la otra- procede de la propia medida sobre el atún modificada. El APICD impone determinadas prescripciones en materia de certificación a los grandes buques de cerco que pescan en el PTO pero no dice nada sobre otros métodos de pesca en el PTO ni sobre la pesca en otros océanos. En cambio, la medida sobre el atún modificada impone determinadas prescripciones en materia de certificación a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, y determinadas prescripciones en materia de certificación diferentes a otras pesquerías. Es la medida sobre el atún modificada la que prevé dos conjuntos de normas para el acceso a la etiqueta *dolphin safe*: un conjunto en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO y otro conjunto para todo el resto del atún. Y, por lo tanto, es la propia medida sobre el atún modificada la que establece una distinción, dentro de un marco reglamentario único (es decir, la medida sobre el atún modificada) entre los grandes buques de cerco en el PTO y otros buques. Que las prescripciones mismas impuestas a los grandes buques de cerco en el PTO sean adaptaciones del APICD no puede disminuir la importancia del hecho de que son el diseño y la estructura de la propia medida sobre el atún modificada los que establecen la distinción reglamentaria de que se queja México.

7.178. Así pues, la insistencia de los Estados Unidos en que "si los Estados Unidos eliminaran todas las referencias al APICD (y sus prescripciones) de la medida modificada, las diferencias relativas al mantenimiento de registros y los observadores de que se queja México *seguirían*

³⁵⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 80.

³⁵¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 80.

³⁵² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 83.

³⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 134.

³⁵⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 236.

existiendo"³⁵⁵ no viene mucho al caso. En un sentido, los Estados Unidos tienen razón: las prescripciones en materia de certificación que impone el APICD a los grandes buques de cerco que pescan en el PTO figuran, por supuesto, en el propio APICD y continuarán existiendo como cuestión de derecho internacional, con independencia de si se incorporan o no al ordenamiento jurídico interno de los Estados Unidos. Pero, como hemos explicado más arriba, la reclamación de México no está dirigida a la existencia de esas prescripciones establecidas por el APICD con arreglo al derecho internacional ni a su propia aceptación de esas condiciones como miembro del APICD, sino que se basa en el hecho de que la medida sobre el atún modificada no exige la cobertura por observadores de los buques distintos de los grandes buques de cerco que pescan en el PTO. Al no hacerlo, la medida sobre el atún modificada impone una carga más ligera a los buques distintos de los grandes buques de cerco que faenan en el PTO y puede facilitar el acceso del atún capturado por esos buques y los productos de atún hechos con ese atún a la etiqueta *dolphin safe*, distorsionando así las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos.

7.179. A la luz de lo que antecede, concluimos que México ha acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de certificación diferentes contenidas en la medida sobre el atún modificada modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares. Los Estados Unidos no han refutado esa presunción. El Grupo Especial pasa ahora a examinar si ese efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima o, más bien, refleja una discriminación que infringe el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.5.2.4.2 La cuestión de si el trato perjudicial causado por las prescripciones en materia de certificación diferentes deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima

7.5.2.4.2.1 Argumentos de las partes

7.180. Según México, no puede decirse que las prescripciones en materia de certificación diferentes deriven exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima porque "la autocertificación del capitán en el caso del atún capturado fuera del PTO no proporciona información fiable o exacta sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún que contienen ese atún ya que los capitanes no están, formados, instruidos ni cualificados para identificar si el atún es capturado de manera inocua para los delfines, pueden no participar directamente en los lances de redes y la captura del pescado y no declararán de manera fiable que los lances no son *dolphin safe* o que no se cumplen las prescripciones *dolphin safe*".³⁵⁶ México sostiene que "[c]omo consecuencia, la designación inicial de la condición *dolphin safe* del atún capturado fuera del PTO no es fiable ni exacta", y, por lo tanto, "los consumidores reciben información no fiable e inexacta sobre esos productos".³⁵⁷

7.181. En consecuencia, a juicio de México, el efecto de las prescripciones en materia de certificación diferentes es crear "dos criterios distintos y en conflicto con respecto a la exactitud de la información sobre la condición *dolphin safe* del atún: un criterio en el caso del atún capturado dentro del PTO y un criterio separado y mucho menos exigente en el caso del atún capturado fuera del PTO".³⁵⁸ No obstante, dado que uno de los objetivos de la medida sobre el atún modificada es "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines"³⁵⁹, México concluye que el sistema de autocertificación por el capitán de la medida sobre el atún modificada "no tiene una conexión racional", es "totalmente incompatible"³⁶⁰ y es "irreconciliable"³⁶¹ con los objetivos de la medida sobre el atún modificada y, por consiguiente, no puede considerarse "imparcial".³⁶²

³⁵⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 226. (las cursivas figuran en el original)

³⁵⁶ Primera comunicación escrita de México, párrafo 297.

³⁵⁷ Primera comunicación escrita de México, párrafo 298.

³⁵⁸ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 193.

³⁵⁹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 3.

³⁶⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 194.

³⁶¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 195.

³⁶² Primera comunicación escrita de México, párrafo 298.

7.182. Además, a juicio de México, los dos criterios de exactitud distintos creados por las prescripciones en materia de certificación diferentes no pueden explicarse ni justificarse sobre la base de la "adaptación" en función de los diferentes riesgos que existen para los delfines en distintas zonas del océano y que resultan de la utilización de diferentes métodos de pesca de atún. Según México:

El argumento de los Estados Unidos sobre la adaptación implica que es aceptable e imparcial proporcionar a los consumidores información no fiable, no verificada e inexacta sobre la condición *dolphin safe* cuando el atún es originario de todas las regiones oceánicas salvo el PTO, pero asegurarse de que esa información se certifique independientemente y sea exacta cuando el atún es originario específicamente del PTO.³⁶³

7.183. No obstante, según México:

Con arreglo a la medida sobre el atún modificada, las palabras "delfines ... muertos o gravemente heridos" se han diseñado y se aplican claramente de manera absoluta en el contexto de los efectos perjudiciales observados. El atún capturado mediante un lance o el empleo de un arte de pesca no puede etiquetarse como *dolphin safe* si se observa mortalidad o una herida grave de un solo delfín durante el lance o el empleo. No es cuestión del número relativo de delfines que son muertos o heridos gravemente durante el lance o el empleo del arte de pesca. Es tan solo una cuestión de si existen o no simplemente esos efectos perjudiciales.³⁶⁴

7.184. A la luz de este "punto de referencia para el riesgo de tolerancia cero" que se refleja en la medida sobre el atún modificada, México aduce que "la comparación de la magnitud de la mortalidad y las heridas graves de delfines en las distintas pesquerías no es pertinente para los argumentos de México relativos a la falta de imparcialidad en el diseño y la aplicación de las distintas condiciones del etiquetado ni afecta a esos argumentos".³⁶⁵

7.185. En otros términos, a juicio de México, las diferencias en la naturaleza y el grado del riesgo para los delfines resultante de lances sobre los delfines en el PTO o de otros métodos en el PTO u otras pesquerías no explican ni justifican en absoluto las prescripciones en materia de certificación diferentes. La medida sobre el atún modificada se ha diseñado de manera que excluye el acceso a la etiqueta de todas y cada una de las capturas de atún tan pronto como se da muerte o se hiere gravemente incluso a un solo delfín. Ambas partes aceptan que los delfines corren cierto riesgo debido a *todos los métodos de pesca del atún* y en *todas* las pesquerías.³⁶⁶ Por tanto, la medida sobre el atún modificada debería exigir el mismo nivel de exactitud de los informes independientemente de si se diera muerte a un delfín o a mil delfines, y, por esta razón, la "adaptación" no responde a la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes son incompatibles con los objetivos de la medida sobre el atún modificada.³⁶⁷

7.186. Además, México ataca las prescripciones en materia de certificación diferentes sobre la base de que la autocertificación por el capitán "permite o exige que una parte privada perteneciente a una rama de producción participe en la aplicación de [una ley] que afecta a los intereses comerciales de la propia parte".³⁶⁸ A juicio de México hay un "incentivo financiero para que los capitanes declaren que el atún capturado por sus buques es '*dolphin safe*' y el correspondiente desincentivo financiero para que declaren que cualquier atún capturado por sus buques no es *dolphin safe*" porque, "si un capitán se abstuviera de certificar que el atún capturado por su propio buque es *dolphin safe* ... el valor del atún disminuiría considerablemente".³⁶⁹ Según México, las prescripciones en materia de certificación diferentes colocan a los capitanes ante "un conflicto intrínseco de intereses" porque "tienen un interés comercial y financiero creado en

³⁶³ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 173.

³⁶⁴ Respuesta de México a la pregunta 11 del Grupo Especial, párrafo 50.

³⁶⁵ Respuesta de México a la pregunta 11 del Grupo Especial, párrafo 52.

³⁶⁶ Excepto en el caso de la pesca con cañas y líneas: véanse la respuesta de México a la pregunta 11 del Grupo Especial, párrafo 51; y la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 236.

³⁶⁷ Respuesta de México a la pregunta 11 del Grupo Especial, párrafos 51 y 52.

³⁶⁸ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 178 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafos 7.902 y 7.904).

³⁶⁹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 181.

obtener la certificación *dolphin safe* para el atún que capturan". En opinión de México, esto crea "un riesgo muy real de que se certifique indebidamente que el atún es *dolphin safe*", lo cual sería incompatible con los objetivos declarados de la medida sobre el atún modificada.³⁷⁰

7.187. Según México, aumenta el riesgo de que los capitanes hagan declaraciones indebidas o inexactas el hecho de que "no hay salvaguardias en forma de sanciones jurídicas o mecanismos de observancia eficaces aplicables a los capitanes de buques de pesca que certifiquen de manera inexacta o indebida la condición *dolphin safe* del atún capturado por sus propios buques".³⁷¹ Por tanto, México sostiene que "no hay incentivos para que se apliquen exacta y debidamente las prescripciones en materia de certificación *dolphin safe* en el caso del atún capturado fuera del PTO".³⁷²

7.188. Los Estados Unidos rechazan las alegaciones de México.

7.189. En primer lugar y simplemente, los Estados Unidos aducen que "México no presenta *ni un solo elemento de prueba* que demuestre que algún producto de atún ha sido comercializado en los Estados Unidos como '*dolphin safe*' cuando, de hecho, no reunía las condiciones de la legislación estadounidense".³⁷³ Según los Estados Unidos, el argumento de México, se basa "totalmente en especulaciones e insinuaciones y no en pruebas reales".³⁷⁴

7.190. En segundo lugar, los Estados Unidos niegan que las declaraciones de los capitanes sean "intrínsecamente no fiables" o "carentes de sentido".³⁷⁵ Por el contrario, los Estados Unidos observan que "las declaraciones de los capitanes, los cuadernos de bitácora y otros elementos similares siempre han sido un instrumento fundamental de aplicación, que permite a los Miembros verificar el cumplimiento de [una gama de] normas sobre la pesca aplicables".³⁷⁶ Además, "los Estados Unidos se basan también en los informes de los propios buques para la aplicación de sus leyes internas como la MMPA".³⁷⁷ A juicio de los Estados Unidos, "la afirmación de México -que ese enfoque [por ejemplo, basarse en la autocertificación del capitán para demostrar el cumplimiento de las leyes y los reglamentos sobre la pesca] es intrínsecamente no fiable- *distorsionaría enormemente el comercio*. Los Miembros simplemente no disponen de recursos para exigir la verificación independiente de todas las actividades de los productores nacionales y extranjeros".³⁷⁸

7.191. Los Estados Unidos sostienen también que los argumentos de México sobre la fiabilidad de los capitanes "hacen caso omiso del hecho de que esta es una rama de producción muy vigilada" y que también "tiende fuertemente a evitar los riesgos".³⁷⁹ Además, los Estados Unidos señalan que, contrariamente a lo que alega México, la legislación interna estadounidense impone diversas sanciones civiles y penales a los capitanes y otras personas que hacen declaraciones *dolphin safe* falsas.³⁸⁰

7.192. En tercer lugar, los Estados Unidos indican que la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes es inherente al hecho mismo de que "la medida modificada exige la certificación de un observador cuando un acuerdo internacional determinado requiere observadores y no exige la certificación de un observador cuando la autoridad de la pesquería pertinente no requiere observadores que certifiquen que el atún reúne las condiciones para utilizar la etiqueta '*dolphin safe*'".³⁸¹ Según los Estados Unidos, la alegación de México contra las prescripciones en materia de certificación diferentes "hace caso omiso de las razones por las que se concertó el APICD en primer lugar ... [L]os Miembros de la CIAT acordaron prescripciones

³⁷⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 182. Véase también la primera comunicación escrita de México, párrafo 286.

³⁷¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 185.

³⁷² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 185.

³⁷³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 263. (las cursivas figuran en el original)

³⁷⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 101.

³⁷⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 264.

³⁷⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 266.

³⁷⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 266.

³⁷⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 265. (las cursivas figuran en el original)

³⁷⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 123.

³⁸⁰ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 124.

³⁸¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 257.

diferentes en materia de mantenimiento de registros/verificación y de cobertura por observadores porque el PTO es *diferente*".³⁸²

7.193. En cuarto lugar, y en relación con lo que antecede, los Estados Unidos afirman que la diferencia de que se queja México no deriva de la legislación estadounidense sino que simplemente refleja el hecho de que el APICD impone prescripciones que son distintas de las que imponen otras organizaciones regionales administradoras de pesquerías. Según los Estados Unidos, incluso si ellos eliminaran en su medida todas las referencias a los observadores, "la diferencia que critica México *seguiría existiendo*".³⁸³ A juicio de los Estados Unidos, el argumento de México es esencialmente que solo pueden (los Estados Unidos) hacer "imparcial" este elemento de la medida sobre el atún modificada "exigiendo unilateralmente un 100% de cobertura por observadores en todo el mundo".³⁸⁴ Según los Estados Unidos, con este argumento se intenta convertir los compromisos internacionales del propio México en el "mínimo" de las prescripciones que los Estados Unidos deben imponerse a sí mismos e imponer a todos sus interlocutores comerciales. Los Estados Unidos aducen que esto es incompatible con el principio de que un Miembro puede adoptar medidas "a los niveles que considere apropiados".³⁸⁵

7.194. Por último, los Estados Unidos observan que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación señaló expresamente que el Grupo Especial inicial "no afirmó en ninguna parte de su razonamiento que la imposición de un requisito de que un observador independiente certifique que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en el curso de las operaciones de pesca en las que se capturó el atún sería la *única* manera en que los Estados Unidos podrían adaptar sus disposiciones sobre el etiquetado '*dolphin safe*'".³⁸⁶ A juicio de los Estados Unidos, esta declaración representa un "reconocimiento expreso de que los Estados Unidos podrían "'adaptar' su medida sin exigir que todos sus interlocutores comerciales utilizaran observadores independientes en sus flotas atuneras respectivas".³⁸⁷

7.5.2.4.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.195. Comenzamos nuestro análisis recordando que la cuestión que se nos ha sometido es si el efecto perjudicial identificado en la sección anterior del presente informe deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima porque, por ejemplo, es imparcial. Al examinar esta cuestión, debemos tener constantemente presente que, de conformidad con la asignación de la carga de la prueba preconizada por ambas partes y aceptada por el Grupo Especial, corresponde a México acreditar, por lo menos *prima facie*, que las prescripciones en materia de certificación diferentes *no* derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Sólo si México demuestra esto se desplazará a los Estados Unidos la carga de demostrar que, contrariamente a lo que argumenta México, el efecto perjudicial sí deriva, de hecho, exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.196. Antes de continuar, el Grupo Especial señala que, en el examen que realizó más arriba de la prueba jurídica establecida en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, enumeró los factores que podían tenerse en cuenta al considerar si el efecto perjudicial identificado deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.³⁸⁸ No es necesario repetir en su totalidad lo que se dijo en ese lugar. No obstante, señalaríamos de nuevo que, en nuestra opinión, la jurisprudencia elaborada por el Órgano de Apelación con respecto a la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 puede ser pertinente para dilucidar el sentido de la disciplina contenida en el segundo nivel del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.³⁸⁹ En particular, opinamos que, al examinar si el trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial puede tener en cuenta hasta qué punto el trato perjudicial identificado se explica por los objetivos que trata de alcanzar la medida en litigio o, por lo menos, puede conciliarse con esos objetivos. Por lo tanto, rechazamos la afirmación de los

³⁸² Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 126. (las cursivas figuran en el original)

³⁸³ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 118 (las cursivas figuran en el original).

³⁸⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 272.

³⁸⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 273.

³⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 296.

³⁸⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 258.

³⁸⁸ Véase la sección 7.5.1. *supra*.

³⁸⁹ Véase el párrafo 7.87 *supra*.

Estados Unidos de que los argumentos de México sobre la relación entre las prescripciones en materia de certificación diferentes y los objetivos de la medida sobre el atún modificada "no [son] pertinentes para el análisis".³⁹⁰

7.197. Pasamos a examinar ahora el contenido de los argumentos de las partes. México parece aceptar que, como constató el Órgano de Apelación, el sistema actualmente vigente en el PTO aborda *plenamente* los riesgos que plantean para los delfines los lances sobre delfines en el PTO.³⁹¹ Su queja es que la medida sobre el atún modificada, como la medida inicial antes de ella, no aborda plenamente los riesgos que plantean otros métodos de pesca en el PTO y otros océanos y, por lo tanto, no es imparcial. Por consiguiente, lo esencial del argumento de México no es que los Estados Unidos deben *eliminar* las prescripciones en materia de certificación que existen en el PTO sino, a la inversa, que "es tanto apropiado como necesario que exista una prescripción en materia de observadores independientes para la pesca de atún fuera del PTO"³⁹² -y, de hecho, que sin imponer una prescripción en materia de observadores a los buques distintos de los grandes buques de cerco que faenan en el PTO, la medida sobre el atún modificada no puede ser imparcial, como se exige en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC-.

7.198. Tal como la entendemos, la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales se basa en la premisa fáctica fundamental de que las certificaciones de los capitanes son "intrínsecamente no fiables"³⁹³ y "carentes de sentido".³⁹⁴ Esto es así, a juicio de México, por dos razones distintas: *en primer lugar*, hay un incentivo financiero para que los capitanes certifiquen que su captura es *dolphin safe* incluso cuando no lo es, y la medida sobre el atún modificada no contiene ningún mecanismo que permita contrarrestar ese incentivo; y, *en segundo lugar*, los capitanes no poseen los conocimientos técnicos necesarios para certificar debidamente que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance u otro empleo de artes determinado, y, por lo tanto, sus certificaciones no garantizan que el atún que lleve la etiqueta *dolphin safe* cumpla de hecho las prescripciones legislativas y reglamentarias. Trataremos cada una de estas alegaciones por separado.

7.199. Examinamos, en primer lugar, la alegación de México de que las declaraciones de los capitanes no son fiables porque hay un incentivo financiero para que los capitanes certifiquen que el atún es *dolphin safe* incluso cuando no lo es. Para que ayudaran al Grupo Especial a comprender los posibles incentivos que podrían intervenir en la decisión de un capitán sobre la certificación, el Grupo Especial pidió a las partes que explicaran "[c]uál es la relación, si es que existe, entre, por una parte, la cantidad y/o la condición *dolphin safe* del atún capturado y, por la otra, la remuneración y/u otros incentivos del capitán".³⁹⁵

7.200. En su respuesta, México aduce que "el valor del atún capturado por un buque de cerco variará de aproximadamente 1,4 millones de dólares EE.UU. a 2,2 millones de dólares EE.UU. en el caso del atún listado y de 2,7 millones de dólares EE.UU. a 4 millones de dólares EE.UU. en el caso del atún de aleta amarilla".³⁹⁶ Según México, "las fábricas de conservas no comprarán atún que no sea designado *dolphin safe*" y, por consiguiente, "[h]ay un desincentivo sumamente fuerte para que el capitán informe él mismo de un lance sobre delfines".³⁹⁷ México sostiene que ese desincentivo económico existiría incluso cuando no se pague a los capitanes sobre la base del valor o el volumen del atún que capturen. Según México "[s]i el atún no puede venderse a las fábricas de conservas o si el volumen capturado por el buque es bajo porque éste intentó evitar a los delfines, esos resultados serían contrarios a los intereses económicos de las empresas que sean propietarias de los buques y los exploten. En esas circunstancias, un capitán no conservaría mucho tiempo su puesto de trabajo".³⁹⁸

7.201. Para respaldar esta alegación, México cita la decisión en el caso *Freitas*³⁹⁹, una decisión estadounidense de derecho administrativo relativa a lances ilegales sobre mamíferos marinos.

³⁹⁰ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 125.

³⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

³⁹² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 167.

³⁹³ Primera comunicación escrita de México, párrafo 295.

³⁹⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafo 285.

³⁹⁵ Pregunta 36 del Grupo Especial.

³⁹⁶ Respuesta de México a la pregunta 36 del Grupo Especial, párrafo 106.

³⁹⁷ Respuesta de México a la pregunta 36 del Grupo Especial, párrafo 107.

³⁹⁸ Respuesta de México a la pregunta 36 del Grupo Especial, párrafo 110.

³⁹⁹ *In the Matter of Matthew James Freitas* y otros (México - Prueba documental 46).

En particular, México pone de relieve las siguientes declaraciones del órgano decisorio del Departamento de Comercio:

Dados los incentivos para efectuar lances ilegales sobre mamíferos marinos cuando la cuantía de las ganancias económicas potenciales que lleva consigo la captura de atún de gran tamaño es tan considerable, es difícil hacer cumplir las instrucciones de no efectuar lances sobre mamíferos marinos. En este caso, los demandados sabían que no debían efectuar deliberadamente lances sobre ballenas y, sin embargo, optaron por hacerlo a pesar de todo, probablemente porque los beneficios económicos tenían mayor peso que el posible costo de conformidad con la MMPA.⁴⁰⁰

7.202. Los Estados Unidos aducen en su respuesta que "[n]o hay pruebas obrantes en el expediente que demuestren que existe una relación entre la cantidad de peces capturados en una expedición determinada o la condición *dolphin safe* de esos peces y la remuneración (y/u otros incentivos para el capitán del buque)".⁴⁰¹ De hecho, contrariamente a lo que afirma México, los Estados Unidos indican que hay incentivos económicos para que los capitanes de los buques *no* mientan en sus declaraciones sobre la condición *dolphin safe* porque "[s]i un capitán no dice la verdad sobre su captura, y una fábrica de conservas lo descubre, ello tendría probablemente un efecto negativo en los ingresos del capitán porque la fábrica de conservas ya no querría seguir trabajando con ese capitán".⁴⁰² Además, los Estados Unidos repiten que "las declaraciones no veraces ... podrían ... proporcionar una base probatoria para que un capitán fuera objeto de sanciones civiles y penales".⁴⁰³

7.203. Para poder seguir estudiando esta cuestión, el Grupo Especial formuló también a las partes la siguiente pregunta:

Tanto en sus comunicaciones escritas como en su declaración oral ante el Grupo Especial, los Estados Unidos ponen de relieve que los responsables de las reglamentaciones nacionales e internacionales se basan habitualmente en las certificaciones de los capitanes, y que esas declaraciones se aceptan generalmente como fiables. ¿Es la práctica internacional aceptar las certificaciones de los capitanes para demostrar el cumplimiento de las prescripciones reglamentarias? En otras organizaciones regionales administradoras de pesquerías, ¿son suficientes las certificaciones de los capitanes para demostrar el cumplimiento de las prescripciones reglamentarias pertinentes?⁴⁰⁴

7.204. En su respuesta, México reconoce que "las autocertificaciones de los capitanes podrían ser fiables para ciertos fines", pero niega que sean "fiables para el propósito de certificar la condición *dolphin safe* del atún capturado por el buque de pesca del propio capitán".⁴⁰⁵ Para respaldar esa posición, México señala que diversas autoridades académicas, gubernamentales y supragubernamentales han expresado en el pasado dudas sobre la medida en que los capitanes informan con exactitud sobre sus propias capturas.

7.205. México señala, por ejemplo, un estudio de 2006 realizado conjuntamente por el Laboratorio Marino de la Universidad de Duke y la Universidad de St. Andrews en el que se constató "que la estimación exacta de las tasas de capturas incidentales en cualquier pesquería exige un sistema de observadores independientes".⁴⁰⁶ México señala también un memorándum técnico preparado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, en el que se reconoce que "[p]ese a actividades de extensión bastante satisfactorias y a la distribución todos los años de formularios para la presentación de informes a todos los pescadores con autorizaciones estatales y federales, se cree que el cumplimiento de la prescripción de presentación de informes es muy bajo".⁴⁰⁷ Para dar otro ejemplo, México observa que en un "Manual de operaciones de un

⁴⁰⁰ *In the Matter of Matthew James Freitas* y otros (México - Prueba documental 46), página 96.

⁴⁰¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Grupo Especial, párrafo 190.

⁴⁰² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Grupo Especial, párrafo 193.

⁴⁰³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 36 del Grupo Especial, párrafo 193.

⁴⁰⁴ Pregunta 39 del Grupo Especial.

⁴⁰⁵ Respuesta de México a la pregunta 39 del Grupo Especial, párrafo 113.

⁴⁰⁶ Andrew J. Read, Phebe Drinker y Simon Northridge, "Bycatch of Marine Mammals in US and Global Fisheries", *20 Conservation Biology* 163 (2006) (México - Prueba documental 6), página 167.

⁴⁰⁷ Departamento de Comercio de los Estados Unidos, "Evaluating Bycatch", NOAA Technical Memorandum NMFS-F/SPO-66 (octubre de 2004) (México - Prueba documental 77), página 28.

programa de observación" preparado por el Canadá y publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura se declara que "se suele subinformar sobre las capturas realizadas [e] ... incluso ahora, después de años de persistente aplicación de la ley, las discrepancias entre las capturas reales y las reportadas pueden ser tan altas como ... de dos a diez veces mayor para especies accesorias reguladas".⁴⁰⁸

7.206. Los Estados Unidos toman la posición opuesta en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial. Según los Estados Unidos "[l]as declaraciones de los capitanes y los cuadernos de bitácora son parte integrante de los regímenes de las organizaciones regionales administradoras de pesquerías y de otros regímenes y acuerdos internacionales".⁴⁰⁹ Por ejemplo, tanto la CIAT como la WCPFC exigen que los buques lleven cuadernos de bitácora detallados con información sobre diversos aspectos de las operaciones de pesca. Según los Estados Unidos, "el hecho de que la mayor parte de las organizaciones regionales administradoras de pesquerías se basen en los datos contenidos en los cuadernos de bitácora para administrar las poblaciones de peces demuestra que las declaraciones de los capitanes en forma de cuadernos de bitácora se consideran fiables".⁴¹⁰ Además, los Estados Unidos señalan diversos tratados internacionales cuya aplicación se basa en las autocertificaciones de los capitanes y los cuadernos de bitácora. Para dar un ejemplo, la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CRVMA), un tratado que "declara ilegal capturar recursos vivos marinos antárticos en infracción de cualquier medida de conservación en vigor en virtud de la Convención o infringir cualquier reglamento promulgado en el marco de la ley de aplicación", se aplica en los Estados Unidos mediante "un sistema de documentación de las capturas por el que los capitanes tienen que proporcionar detalles sobre la pesca a la NOAA [es decir, a la Administración Nacional del Océano y la Atmósfera]".⁴¹¹

7.207. En resumen, los Estados Unidos instan al Grupo Especial a constatar que:

Las declaraciones de los capitanes y los cuadernos de bitácora son parte integrante de los regímenes de las organizaciones regionales administradoras de pesquerías y de otros regímenes internacionales, así como de los regímenes de distintos países. Esos regímenes se basan en esa documentación para reglamentar toda una serie de esferas que son decisivas para la administración apropiada de las pesquerías y el medio ambiente más en general. Esas esferas comprenden las reglas sobre zonas cerradas, la administración de las poblaciones de peces y la aplicación de las prescripciones ambientales ... los países y las organizaciones internacionales se basan en esa información pese a que puede ser contraria a los intereses financieros limitados de un buque determinado proporcionar información exacta.⁴¹²

7.208. A juicio del Grupo Especial, el argumento de México sobre la fiabilidad -y, de hecho, la integridad- de los capitanes de los buques tiene importantes consecuencias. El Grupo Especial acepta las pruebas presentadas por los Estados Unidos según las cuales numerosas organizaciones y acuerdos regionales e internacionales se basan en las certificaciones de los capitanes y los cuadernos de bitácora tanto para vigilar el cumplimiento de las prescripciones reglamentarias como como medio de reunir datos. En opinión del Grupo Especial, el hecho de que numerosos regímenes nacionales, regionales e internacionales se basen en las autocertificaciones de los capitanes crea una fuerte presunción de que, desde un punto de vista sistémico, esas certificaciones son fiables. Las organizaciones regionales administradoras de pesquerías y otras pesquerías y organizaciones ambientales son expertas en sus esferas respectivas, y el hecho de que se hayan basado, y continúen basándose, en las declaraciones de los capitanes en diversas esferas relativas a la pesca y el medio ambiente indica de manera convincente que, en general, consideran que esas certificaciones son fiables. Por supuesto, el Grupo Especial debe hacer su propia "evaluación objetiva del asunto", y a ese respecto, el hecho de que una práctica determinada sea aceptada por una o varias organizaciones nacionales, regionales o incluso internacionales no es, en sí mismo, concluyente. Pero el Grupo Especial considera que esa aceptación es un hecho muy pertinente y probatorio.

⁴⁰⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, "Observer Program Operations Manual" (México - Prueba documental 127).

⁴⁰⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 39 del Grupo Especial, párrafo 205.

⁴¹⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 39 del Grupo Especial, párrafo 209.

⁴¹¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 39 del Grupo Especial, párrafo 214.

⁴¹² Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de México a la pregunta 39 del Grupo Especial, párrafo 93.

7.209. El Grupo Especial no está convencido de que las pruebas presentadas por México sean suficientes para refutar esta demostración de los Estados Unidos. Los documentos presentados por México parecen indicar indudablemente que ha habido casos en que las certificaciones de los capitanes no han sido fiables. No obstante, a juicio del Grupo Especial, el hecho de que regímenes nacionales, regionales e internacionales hayan seguido basándose en las certificaciones de los capitanes y los cuadernos de bitácora, aun cuando se han notificado casos de incumplimiento, parece indicar que no se debe considerar que esos casos de incumplimiento debilitan gravemente la fiabilidad general de las certificaciones de los capitanes, como México querría que constate el Grupo Especial.

7.210. Además, la argumentación de México en relación con los incentivos económicos que tendrían los capitanes no convence al Grupo Especial. Como señalamos más arriba, México afirmó que, incluso cuando la remuneración personal del capitán no está vinculada al valor del pescado capturado, es, no obstante, poco probable que el capitán notifique con exactitud la mortalidad y las heridas graves de delfines porque, si lo hace, ello puede hacer que pierda su puesto de trabajo. Pero México no ha proporcionado pruebas de que esto sería así, y la manera de pensar distinta de los Estados Unidos en relación con los incentivos económicos que tendrían los capitanes nos parece igualmente plausible.

7.211. A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial constata que México no ha satisfecho la carga que le correspondía de acreditar *prima facie* que las certificaciones de los capitanes no son fiables porque hay un incentivo financiero para que los capitanes no informen con exactitud sobre la condición *dolphin safe* del atún capturado en un lance u otro empleo de artes determinado. Por lo tanto, este argumento no nos convence de que basarse en las certificaciones de los capitanes fuera del PTO prive de imparcialidad a la medida sobre el atún modificada.

7.212. Pasamos ahora a examinar el segundo argumento de México, que los certificados de los capitanes nos son fiables porque los capitanes pueden no poseer los conocimientos técnicos necesarios para certificar con exactitud que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines en un lance o empleo de artes determinado.

7.213. Al examinar si se puede dar por supuesto que los capitanes poseen los conocimientos técnicos necesarios para otorgar una certificación *dolphin safe* exacta, nos parece útil comparar el tipo de tareas que se prevé que realicen los observadores en el PTO y otros océanos con las que habitualmente realizan los capitanes. Esa comparación debería arrojar cierta luz sobre la cuestión de si se espera generalmente que los capitanes tengan el tipo de aptitudes necesarias para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines en un lance u otro empleo de artes determinado.

7.214. Comenzamos por señalar que ambas partes han reconocido que la tarea de los observadores en el PTO es compleja.⁴¹³ Ambas partes han proporcionado también pruebas que indican que los observadores del Programa de observadores de la CIAT:

[S]on biólogos formados para reunir diversos datos sobre la mortalidad de delfines asociada con la pesquería, los avistamientos de manadas de delfines, las capturas de atún y las capturas incidentales de peces y otros animales, datos oceanográficos y meteorológicos y otra información utilizada por el personal de la CIAT para evaluar la situación de las diversas poblaciones de delfines, estudiar las causas de la mortalidad de delfines y estimar el efecto de la pesquería en el atún y otros componentes del ecosistema.⁴¹⁴

7.215. Tomamos también nota de las pruebas presentadas por ambas partes sobre las "Directrices para la formación técnica de observadores", en las que se exponen con detalle las prescripciones sobre la formación que se espera tengan los observadores que reúnan las condiciones para formar parte del Programa de observadores de la CIAT; esas prescripciones

⁴¹³ Primera comunicación escrita de México, párrafos 70-72; respuesta de México a la pregunta adicional 61 del Grupo Especial, párrafos 10 y 11; segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 126 y 128; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta adicional 61 del Grupo Especial, párrafos 22 y 23.

⁴¹⁴ Comisión Interamericana del Atún Tropical, Quaterly Report (abril-junio de 2013) (México - Prueba documental 29), página 14.

comprenden los siguientes elementos: i) los candidatos deben ser graduados universitarios con un diploma en biología o una materia conexas (zoología, ecología, etc.); ii) la formación debe comprender la identificación de determinados peces y otros animales, incluidos el atún y los delfines asociados con la pesca de atún; iii) información sobre cómo rellenar con precisión formularios de datos, y iv) información sobre la identificación y documentación de los "casos de interferencia (incluidos los intentos de soborno), intimidación u obstrucción por las tripulaciones de los buques durante una expedición y el modo de afrontarlos".⁴¹⁵

7.216. Señalamos algo importante, a saber, que en la norma definitiva de 2013 el Servicio Nacional de Pesca Marítima (NMFS) reconoció también hasta qué punto es complejo certificar con exactitud que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín y declaró que:

[P]revé que los observadores cualificados participarán en programas de formación que incluirán cuestiones como el reconocimiento de un lance deliberado, la identificación de las especies de delfines y criterios para la determinación de las heridas graves. El NMSF reconoce que esas aptitudes son complejas y que muchos programas de observadores existentes prestan escasa atención a las interacciones con mamíferos marinos. El NMSF determinará que un programa de observadores reúne las condiciones necesarias y está autorizado sólo después de un examen riguroso de las actividades de formación del programa y una constatación de que los observadores pueden efectuar las determinaciones exigidas.⁴¹⁶

7.217. Recordamos también que el Administrador Adjunto del NMFS ha publicado una notificación sobre cualificación y autorización en la que se enumeran los criterios que deben cumplirse a fin de que se considere que los observadores están "cualificados y autorizados" a efectos del programa de etiquetado *dolphin safe* en el marco de la DPCIA.⁴¹⁷ El Administrador Adjunto del NMFS ha establecido, entre otros, los siguientes criterios: i) los observadores están formados para identificar a los delfines endémicos en la zona de la pesquería y son capaces de llevar a cabo esa identificación; ii) los observadores están formados para determinar la mortalidad y las heridas graves de delfines y son capaces de realizar esa determinación (se entiende por 'herida grave' cualquier herida que probablemente sea causa de mortalidad); y iii) los observadores están formados para reunir documentación escrita o fotográfica suficiente para que un representante autorizado que participe en el programa de observadores compruebe el destino de cualquier delfín o efectúe una determinación al respecto, y son capaces de reunir esa documentación. El Administrador Adjunto indica también que, con arreglo a los programas de observadores del NMSF, los observadores participan en programas de formación "sobre temas como la identificación de especies de delfines, el reconocimiento de la mortalidad de delfines, las prescripciones en materia de reunión de datos utilizados para efectuar una determinación de herida grave y el reconocimiento de un lance deliberado con una red de cerco".⁴¹⁸

7.218. Las pruebas mencionadas parecen indicar de manera convincente que determinar si se ha dado muerte o se ha herido gravemente a un delfín en un lance u otro empleo de artes es una tarea sumamente compleja. Es especialmente revelador, a juicio del Grupo Especial, que la propia medida sobre el atún modificada reconoce la necesidad de formación e instrucción a fin de dotar a las personas de los conocimientos técnicos necesarios para garantizar que puedan certificar debidamente la condición *dolphin safe* de una captura de atún.

7.219. El Grupo Especial ha examinado con gran atención las pruebas presentadas por las partes sobre las competencias y las tareas que generalmente se esperan de los capitanes. Esas pruebas

⁴¹⁵ Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, "18ª reunión de las partes: acta de la reunión (Estados Unidos - Prueba documental 243), página 6. Véanse también Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, "Guidelines for Technical Training of Observers" (documento OBS-2-O3b) (México - Prueba documental 164), Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, "Directrices para la Selección de Candidatos de Observador del APICD" (documento OBS-2-O3a) (México - Prueba documental 165) y Comisión Interamericana del Atún Tropical, "Manual de Campo" (México - Prueba documental 166).

⁴¹⁶ Norma definitiva de 2013, 78 Fed. Reg. 40997 (9 de julio de 2013) (México - Prueba documental 7). (sin subrayar en el original)

⁴¹⁷ Determination of Observer Programs as Qualified and Authorized by the Assistant Administrator for Fisheries, 79 Fed. Reg. 40.718 (14 de julio de 2014) (Estados Unidos - Prueba documental 113).

⁴¹⁸ Determination of Observer Programs as Qualified and Authorized by the Assistant Administrator for Fisheries, 79 Fed. Reg. 40.718 (14 de julio de 2014) (Estados Unidos - Prueba documental 113).

incluyen los diversos tratados regionales e internacionales arriba examinados en el contexto del argumento de México sobre los incentivos financieros que tienen los capitanes. Como explicamos anteriormente, esas pruebas indican que, por lo general, se espera que los capitanes se encarguen de una amplia diversidad de tareas a bordo de los buques que están bajo su mando. Tal como interpretamos las pruebas, se espera por lo general que los capitanes posean los conocimientos y la capacidad necesarios para realizar toda una gama de actividades que tiende a abarcar la certificación de la existencia de hechos que están bajo su control y/o de los que tienen conocimiento directo, por ejemplo, el puerto de entrada y de salida, las coordenadas, la fecha y la hora del empleo de artes y el tipo de artes empleadas.⁴¹⁹ En algunos casos, se espera también que los capitanes certifiquen las especies de peces capturadas o la captura incidental de ballenas o pájaros. No obstante, en nuestra opinión, esas tareas son significativamente distintas de las que implica la certificación de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en lances u otros empleos de artes.

7.220. Los Estados Unidos han presentado también pruebas que demuestran que, al menos en algunas pesquerías, en ocasiones se espera de los capitanes que registren las capturas incidentales de mamíferos y concretamente de delfines o se les faculta para que lo hagan. Según los Estados Unidos, "las normas mínimas sobre los cuadernos de bitácora de las organizaciones regionales administradoras de pesquerías pueden exigir el seguimiento de las capturas incidentales de mamíferos marinos, incluida la identificación de las especies, [pero] esas normas mínimas pueden no exigir que se registre si se dio muerte o se hirió gravemente al mamífero marino. No obstante, ciertos cuadernos de bitácora que requieren los programas nacionales que abarcan las pesquerías situadas en las zonas de la WCPFC y la CAOI sí exigen que se efectúen determinaciones sobre el destino de cualquier mamífero marino capturado incidentalmente".⁴²⁰

7.221. Para apoyar esta alegación, los Estados Unidos han presentado siete documentos. Los dos primeros son modelos de cuadernos de bitácora preparados por el Servicio Nacional de Pesca Marítima de los Estados Unidos para que se utilicen en la pesquería en la que se utiliza palangre del Pacífico Occidental (Estados Unidos - Prueba documental 175) y en la pesquería del Atlántico (Estados Unidos - Prueba documental 176). La Prueba documental 175 presentada por los Estados Unidos contiene, de hecho, una columna en la que se pide a los capitanes que identifiquen las especies de los delfines capturados incidentalmente y hagan constar el destino de esos animales. Concretamente, se exige a los capitanes que anoten si un delfín fue liberado "sin heridas", "herido" o "muerto".⁴²¹ Análogamente, en la Prueba documental 196 presentada por los Estados Unidos se exige que los capitanes indiquen si delfines de determinadas especies fueron "afectados", "heridos" o "muertos".⁴²²

7.222. Los dos documentos siguientes son modelos de cuadernos de bitácora preparados por Australia en la pesquería en la que se utilizan palangres del piélago australiano (Estados Unidos - Prueba documental 197) y en la pesquería en la que se utilizan redes de cerco del piélago australiano (Estados Unidos - Prueba documental 198). En la Prueba documental 197 presentada por los Estados Unidos se proporciona espacio para que el capitán anote tanto el punto en que se capturó a los delfines durante una operación de pesca ("arrastre", "lance", u "otro método") como el destino de los delfines capturados ("vivo", "muerto" o "herido").⁴²³ El cuaderno de bitácora contenido en la Prueba documental 198 presentada por los Estados Unidos requiere la misma información e información adicional sobre si un ejemplar de una especie protegida (incluidos los delfines) "quedó prendido en un anzuelo" o "enredado".⁴²⁴

7.223. Las tres últimas pruebas documentales son modelos de cuadernos de bitácora de China (Estados Unidos - Prueba documental 179), el Japón (Estados Unidos - Prueba documental 180) y

⁴¹⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafos 194-196; observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafos 130-134.

⁴²⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafo 195.

⁴²¹ Servicio nacional de Pesca Marítima, "Western Pacific Longline Fishing Log" (Estados Unidos - Prueba documental 175).

⁴²² Servicio Nacional de Pesca Marítima, "2014 Atlantic Highly Migratory Species Logbook - Set Form" (Estados Unidos - Prueba documental 196), página 3.

⁴²³ Autoridad Administradora de las Pesquerías Australianas, "Australian Pelagic Longline Daily Fishing Log" (Estados Unidos - Prueba documental 197), página 6.

⁴²⁴ Autoridad Administradora de las Pesquerías Australianas, "Purse Seine Daily Fishing Log" (Estados Unidos - Prueba documental 198), página 7.

Corea (Estados Unidos - Prueba documental 181). La Prueba documental 179 presentada por los Estados Unidos contiene un recuadro en el que se indica a los capitanes que registren el "estado de delfines y ballenas".⁴²⁵ El término "estado" no se define en el documento. Además, hay una referencia a los delfines en una sección del cuaderno de bitácora titulada "observaciones". Por consiguiente, no está claro si se exige que se proporcione esa información. En la Prueba documental 180 presentada por los Estados Unidos no se menciona en absoluto a los delfines.⁴²⁶ No obstante, parece que se pide a los capitanes que registren el "estado después de la liberación" de las "ballenas". Los capitanes deben indicar si la ballena "sobrevivió-nadaba", "murió antes de ser liberada" u "otro estado". Por último, en la Prueba documental 181 presentada por los Estados Unidos parece que se pide a los capitanes que proporcionen cierta información sobre "otras especies, incluidos los pájaros marinos, las tortugas marinas, etc.". No se menciona a los delfines, y, al parecer, en el documento no se exige a los capitanes que indiquen el estado en que se liberó a esas "otras especies".⁴²⁷

7.224. A juicio del Grupo Especial, estas pruebas no demuestran que se prevea, en general, que los capitanes certifiquen la mortalidad y las heridas graves de delfines ni que se considere que poseen las aptitudes necesarias para ello. Los únicos documentos que parecen indicar que se prevé que los capitanes certifiquen las interacciones con delfines proceden de dos Miembros de la OMC -Australia y los propios Estados Unidos- e incluso en esos documentos no parece que se distinga entre una "herida" y una "herida grave", distinción recogida en la medida sobre el atún modificada. El resto de los documentos, procedentes de China, el Japón y Corea, tampoco indica que se prevea habitualmente que los capitanes puedan certificar la mortalidad y las heridas de delfines. Aunque en la Prueba documental 179 presentada por los Estados Unidos se proporciona espacio para que el capitán anote "observaciones" sobre el "estado de delfines y ballenas", según el texto del documento no está claro lo que implica esa información, y los Estados Unidos no han proporcionado ninguna explicación pertinente a ese respecto. Las Pruebas documentales 180 y 181 presentadas por los Estados Unidos no mencionan a los delfines en absoluto, y, por consiguiente, no podemos atribuirles un gran valor probatorio.

7.225. Tomados en conjunto, esos documentos indican al Grupo Especial que, en general, *no* se prevé que los capitanes certifiquen la mortalidad y las heridas graves de delfines. Los Estados Unidos no nos han convencido de que esas pruebas demuestren que la certificación de la mortalidad o las heridas graves de delfines es el tipo de tarea que generalmente se prevé que realicen los capitanes ni, por lo demás, de que los capitanes posean necesariamente las aptitudes necesarias para certificar si se ha dado muerte o se ha herido gravemente a delfines.

7.226. En último término, por lo tanto, nos parece que las pruebas indican que la certificación de la mortalidad y las heridas graves de delfines es una aptitud muy especializada y que, hasta la fecha, generalmente no se ha exigido que posean los capitanes. Ninguna de las pruebas que se nos han presentado indica que los capitanes (o, agregaríamos, cualquier otro miembro de la tripulación) posean siempre y necesariamente esas aptitudes, y los Estados Unidos tampoco han explicado por qué creen que las poseen.

7.227. Así pues, a juicio del Grupo Especial, México ha presentado pruebas y argumentos suficientes para demostrar que la certificación de la condición *dolphin safe* de una captura de atún es una tarea sumamente compleja.

7.228. Como parte de sus esfuerzos por comprender esta cuestión con mayor claridad, el Grupo Especial formuló la siguiente pregunta a los Estados Unidos:

Según la argumentación de los propios Estados Unidos, las personas necesitan una formación considerable antes de que se las pueda autorizar a certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance de pesca. A la luz de este hecho, ¿por qué creen los Estados Unidos que los capitanes están cualificados y autorizados para otorgar esas certificaciones? ¿Reciben los capitanes algún tipo de

⁴²⁵ China, "Logsheet Form" (Estados Unidos - Prueba documental 179).

⁴²⁶ Japón, "Reporting Form of Incidentally Encircled of Whale Shark (RHN) or Whales" (Estados Unidos - Prueba documental 180).

⁴²⁷ Corea, "LL, PS / Bycatch Logbook (Ecologically Related Species) (Estados Unidos - Prueba documental 181). En este documento parece que se pide únicamente que el capitán indique el número de animales de esas "otras especies" "liberados" y no el estado en que se los liberó.

formación que les permita certificar que no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente durante la expedición de pesca?⁴²⁸

7.229. Los Estados Unidos comenzaron su respuesta explicando que "no sería necesaria formación para que un capitán sepa si efectuó 'deliberadamente' un lance sobre delfines. El capitán debe conocer sus *propias* intenciones sin una formación formal".⁴²⁹

7.230. En el resto de su respuesta, los Estados Unidos proporcionaron detalles sobre la formación que exige el APICD en el caso de los buques de pesca que desean emplear redes de cerco en el PTO.⁴³⁰ Los Estados Unidos declararon también lo siguiente:

Los Estados Unidos no creen que la WCPFC, la CAOI u otras organizaciones regionales administradoras de pesquerías exijan para los operadores de buques de cerco una formación del tipo de la que exige el APICD

...

Del mismo modo, los Estados Unidos no están informados de que la CIAT exija una formación análoga para los capitanes de otros tipos de buques (palangre, cañas y líneas, etc.) que actúen dentro del PTO. Asimismo, los Estados Unidos no creen que la WCPFC u otras organizaciones regionales administradoras de pesquerías exijan una formación similar para los capitanes de los buques que no utilizan redes de cerco y actúan fuera del PTO.⁴³¹

7.231. El Grupo Especial acepta, por supuesto, que los capitanes conocerán sus *propias* intenciones cuando hayan ordenado que se lance una red sobre delfines. No obstante, señala que México ha presentado pruebas que indican que, por lo menos en algunos casos, las redes pueden lanzarse sin orden o autorización expresa del capitán del buque, que puede no participar directamente en todas las operaciones de pesca.⁴³²

7.232. Con respecto a todos los demás aspectos de las funciones que generalmente se espera que cumplan los observadores de la inocuidad para los delfines, el Grupo Especial considera que los Estados Unidos no respondieron a la pregunta. La respuesta de los Estados Unidos indica que los capitanes que deseen mandar un buque de cerco en el PTO deben recibir formación; pero los Estados Unidos no explicaron al Grupo Especial por qué esperan que los capitanes tengan siempre y necesariamente los conocimientos técnicos precisos para certificar con exactitud si se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín en un lance u otro empleo de artes cuando la propia medida sobre el atún modificada reconoce que esas aptitudes son sumamente complejas y deben adquirirse mediante formación.

7.233. A juicio del Grupo Especial, los Estados Unidos no han refutado la demostración por parte de México de que los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance u otro empleo de artes, lo cual puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada. Por lo tanto, el Grupo Especial constata que las prescripciones en materia de certificación diferentes no son imparciales y que, por consiguiente, no se puede decir que deriven exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.234. Deseamos que quede claro que, al constatar que México ha acreditado *prima facie* que los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para otorgar certificaciones *dolphin safe* exactas, no constatamos que la *única* manera de que los Estados Unidos hagan imparcial su medida es exigir la cobertura por observadores. Por el contrario, como constatamos más arriba, los regímenes nacionales, regionales e internacionales se basan en las certificaciones de los capitanes para una multiplicidad de propósitos, y no creemos que exista

⁴²⁸ Pregunta 40 del Grupo Especial.

⁴²⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 40 del Grupo Especial, párrafo 216. (las cursivas figuran en el original)

⁴³⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 40 del Grupo Especial, párrafos 217-221.

⁴³¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 40 del Grupo Especial, párrafos 222 y 223.

⁴³² Primera comunicación escrita de México, párrafos 180 y 181.

ninguna razón para que los capitanes no puedan, en principio y como cuestión general, certificar con exactitud la condición *dolphin safe* de una captura de atún.⁴³³ A nuestro modo de ver, el problema fundamental de la medida sobre el atún modificada tal como está diseñada actualmente es que los Estados Unidos no han explicado por qué su medida da por supuesto que los capitanes poseen las aptitudes necesarias para garantizar la exactitud de las certificaciones. Por consiguiente, no estamos convencidos de que las prescripciones en materia de certificación diferentes, tal como están diseñados en la actualidad, se ocupen suficientemente de "los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano".⁴³⁴

7.235. Antes de concluir, el Grupo Especial describirá brevemente la manera en que enfocaría la cuestión examinada en esta sección si la carga de la prueba se asignara en la forma sugerida por los terceros.

7.236. Habiendo constatado que México ha acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, el Grupo Especial tendría que determinar si los Estados Unidos han acreditado *prima facie* que ese trato perjudicial deriva, no obstante, exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.237. A nuestro juicio, y teniendo en cuenta las constataciones fácticas arriba efectuadas, no creemos que pudiéramos constatar que los Estados Unidos han conseguido demostrar que el efecto perjudicial deriva *exclusivamente* de una distinción reglamentaria legítima. Nuestras razones son las siguientes.

7.238. Según indicamos más arriba, aceptamos que, como parece haber constatado el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, exigir certificaciones de observadores en el caso de los buques distintos de los grandes buques de cerco que faenan en el PTO no era la única manera en que los Estados Unidos podían haber puesto su medida en conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD.⁴³⁵ Además, aceptamos el argumento de los Estados Unidos de que la prescripción del 100% de cobertura por observadores en el PTO está íntimamente vinculado con la naturaleza especial y en ciertos sentidos "singular" de los daños que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO representa para los delfines.

7.239. Durante la reunión del Grupo Especial con las partes y de nuevo en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial, los Estados Unidos explicaron que son necesarios observadores en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO porque "son esos buques los que pueden aprovechar la asociación sin igual del atún de aleta amarilla y los delfines en el PTO realizando cazas de varias horas y capturando enormes manadas de delfines y están autorizados a hacerlo".⁴³⁶ Como explicaron los Estados Unidos:

Un gran buque de cerco en el PTO lleva una tripulación de 20 personas aproximadamente en cualquier expedición. La principal función de la tripulación es capturar atún. No obstante, dada la intensidad y la duración de las interacciones que tienen lugar en un lance sobre delfines entre los delfines, por una parte, y el buque, las lanchas motoras, el helicóptero y la red de cerco, por la otra, las partes en el APICD llegaron a la conclusión de que era apropiado exigir que un buque que pudiera realizar esas peligrosas actividades y estuviera autorizado a hacerlo llevara a bordo una sola persona dedicada a observar el efecto del buque en los delfines objeto de la caza y la captura.⁴³⁷

7.240. En otros términos, tal como lo entendemos, la posición de los Estados Unidos es que los observadores son necesarios en los grandes buques de cerco que faenan en el PTO pero pueden

⁴³³ Al decir esto, no queremos dar a entender que las certificaciones de los capitanes sean la *única* manera de que los Estados Unidos vigilen la condición *dolphin safe* del atún. Puede muy bien haber otros métodos, incluida la utilización de tecnología, para llevar a cabo esa vigilancia. No obstante, como los Estados Unidos han decidido basarse en las certificaciones de los capitanes, nuestro deber es únicamente evaluar si ese método puede cumplir lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

⁴³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297.

⁴³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 296.

⁴³⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 30 del Grupo Especial, párrafo 166.

⁴³⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 30 del Grupo Especial, párrafo 168.

no serlo en otros buques en otras pesquerías *no* porque el riesgo de mortalidad o heridas graves de delfines sea de algún modo menos importante en otras pesquerías sino, más bien, porque la naturaleza de la técnica de pesca empleada por los grandes buques de cerco en el PTO, que implica esencialmente la caza y el cerco de muchos delfines durante un período prolongado, significa que es necesario que haya a bordo una sola persona cuya función sea el seguimiento de los delfines capturados durante la caza y/o por el lance de redes de cerco. Otros métodos de pesca en otros océanos pueden causar -y, como reconocen los Estados Unidos, causan- mortalidad y heridas graves de delfines pero, como la naturaleza y el grado de la interacción son distintos en términos cuantitativos⁴³⁸ y cualitativos⁴³⁹ (puesto que los delfines no son objeto de lances deliberados, y la interacción es únicamente accidental), no es necesario que haya a bordo una sola persona cuya única tarea consista en vigilar la seguridad de los delfines durante el lance u otro empleo de artes.

7.241. El Grupo Especial toma nota de que México no está de acuerdo en que la situación en el PTO sea singular o distinta de cualquier manera que justificaría el trato diferente que dan los Estados Unidos a la pesquería de buques de cerco del PTO y a otras pesquerías. Según México, "se han avistado asociaciones entre atún y delfines y se han realizado lances deliberados sobre ellas" fuera del PTO⁴⁴⁰, y, por consiguiente, el hecho de que no existan observadores independientes fuera del PTO es injustificable. No obstante, a juicio del Grupo Especial, las pruebas presentadas por México no son suficientes para refutar la argumentación de los Estados Unidos sobre ese punto. Lo más importante es que las pruebas presentadas por México parecen indicar que, aunque puede haber una cierta interacción entre el atún y mamíferos marinos, incluidos los delfines, fuera del PTO, "los delfines del Océano Atlántico, el Océano Índico y el Océano Pacífico Occidental [no se asocian con el atún] tan sistemáticamente como los del Océano Pacífico Tropical Oriental".⁴⁴¹ Así pues, incluso según estimaciones moderadas, parece que, en la WCPFC, solo "el 3,2% de todas las redes de cerco se lanzan deliberadamente sobre cetáceos".⁴⁴² Análogamente, en un documento recientemente presentado por Australia a la CAOI se declaraba que "[e]n los datos reunidos por observadores de 1986 a 1992 sobre los buques soviéticos que desarrollaban sus operaciones en el Océano Índico Occidental, se observaron 494 lances de redes de cerco durante el período de 7 años con 27 lances deliberados sobre tiburones ballena y cetáceos".⁴⁴³ Estas cifras son totalmente coherentes con la constatación del Grupo Especial inicial de que "no hay constancia de actividades de pesca permanentes o generalizadas centradas en asociaciones entre el atún y los delfines en lugares distintos del PTO".⁴⁴⁴ Por otra parte, las pruebas presentadas por los Estados Unidos parecen indicar que hubo "9.220 lances deliberados sobre delfines dentro del PTO en 2012"⁴⁴⁵, lo cual representa el 40% de todos los lances realizados en ese océano.

7.242. Estas estadísticas confirman a juicio del Grupo Especial 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", en palabras del Grupo Especial inicial. Así pues, el Grupo Especial considera convincente la posición de los Estados Unidos sobre esta cuestión. De hecho, en nuestra opinión, los argumentos estadounidenses acerca de este punto serían suficientes para establecer la presunción de que las prescripciones en materia de certificación diferentes derivan de una distinción reglamentaria legítima, suponiendo que otros métodos de pesca reciban un trato imparcial.

7.243. El Grupo Especial tiene también presente el argumento de México de que, como ambas partes están de acuerdo en que los métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines pueden dar muerte y herir a delfines, "que la empresa que explota el buque afirme o no que la

⁴³⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 20 del Grupo Especial, párrafos 120 y 121; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial, párrafos 136-142.

⁴³⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 20 del Grupo Especial, párrafos 120-125; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 22 del Grupo Especial, párrafos 147-149.

⁴⁴⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafo 113.

⁴⁴¹ Servicio Nacional de Pesca Marítima, "An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Oceans" (noviembre de 1996) (México - Prueba documental 40), página 2.

⁴⁴² New York Times, "A Small Victory for Whale Sharks" (6 de diciembre de 2012) (México - Prueba documental 44).

⁴⁴³ Australia y Maldivas, "On the Conservation of Whale Sharks (*Rhincodon Typus*)" (CAOI-2013-S17-PropD[E]) (5 de abril de 2013) (México - Prueba documental 45).

⁴⁴⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.520.

⁴⁴⁵ APICD, "Fishing Mortality Limits 2012-2014" (Estados Unidos - Prueba documental 22).

mortalidad fue un accidente no es pertinente"⁴⁴⁶ y no puede explicar las prescripciones en materia de certificación diferentes. A juicio del Grupo Especial, no obstante, México ha interpretado erróneamente lo que quieren decir los Estados Unidos cuando recuerdan el carácter "accidental" o "incidental" de las interacciones de delfines con los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines. Tal como lo entendemos, los Estados Unidos no aducen que la mortalidad o la herida "accidental" de delfines sea menos grave que la "deliberada". Tampoco aducen que el atún pueda considerarse *dolphin safe* cuando es capturado en un empleo de artes que da muerte o mutila accidentalmente a delfines, o que el atún pueda o deba ser considerado únicamente no *dolphin safe* solo cuando se da muerte o se hiere deliberadamente a un delfín. Por el contrario, en la medida sobre el atún modificada se deja claro que el atún no puede considerarse *dolphin safe en ningún caso* en que se da muerte o se hiere gravemente a un delfín en el empleo de artes en que se capturó el atún, con independencia de si la muerte o la herida fue deliberada.⁴⁴⁷

7.244. En lugar de ello, tal como lo entendemos, la referencia de los Estados Unidos al carácter accidental de las interacciones de delfines con métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines alude a la diferencia entre los métodos de pesca que causan daños a delfines solo incidentalmente y los métodos de pesca, como los lances sobre delfines, que interactúan con los delfines "en el 100% de los lances".⁴⁴⁸ Esta distinción es especialmente importante cuando, como los Estados Unidos aducen que ocurre en el caso de los lances sobre delfines, la naturaleza particular de la interacción es, en sí misma, "intrínsecamente peligrosa"⁴⁴⁹ para esos animales, incluso si no se observa que se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín, porque tiene efectos nocivos no observables en el bienestar físico y emocional de los delfines.

7.245. Sobre la base de lo que antecede, constataríamos que los Estados Unidos han acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de certificación diferentes derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.246. No obstante, a la luz de las pruebas presentadas por México sobre la complejidad de la certificación de la condición *dolphin safe* de la captura de atún⁴⁵⁰ -pruebas no refutadas por los Estados Unidos- constataríamos que los Estados Unidos no han explicado suficientemente por qué dan por supuesto que los capitanes son capaces de desarrollar una actividad que, según se reconoce en la propia medida sobre el atún modificada, es sumamente compleja y requiere formación e instrucción. Como esa explicación no existe, nos veríamos obligados a constatar que, aunque los Estados Unidos pueden establecer legítimamente distinciones entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y otras pesquerías, la falta de una explicación sobre la capacidad técnica de los capitanes significa que no se puede decir que las prescripciones en materia de certificación diferentes sean imparciales y, por lo tanto, deriven *exclusivamente* de una distinción reglamentaria legítima.

7.247. Antes de concluir nuestro análisis de las prescripciones en materia de certificación diferentes, creemos que vale la pena señalar brevemente un aspecto adicional de la medida sobre el atún modificada que influye en la distinción entre las certificaciones y que, aunque no ha sido tratado ampliamente por las partes, nos parece, no obstante, de cierta importancia.

7.248. En una de las preguntas enviadas por el Grupo Especial a las partes, se pidió a estas que formularan observaciones sobre un cuadro preparado por el Grupo Especial en el que se resumían las diversas prescripciones en materia de admisibilidad, certificación y seguimiento y verificación que se aplican en distintas pesquerías.⁴⁵¹ El Grupo Especial preparó ese cuadro y solicitó observaciones al respecto para que le ayudaran a aclarar su interpretación de la medida sobre el atún modificada.

⁴⁴⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 142.

⁴⁴⁷ Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 22 ("ningún producto de atún que contenga atún capturado cuando se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín reuniría las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe*").

⁴⁴⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 17 del Grupo Especial, párrafo 88.

⁴⁴⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 23.

⁴⁵⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafos 70-72; segunda comunicación escrita de México, párrafo 168; respuesta de México a la pregunta 13 del Grupo Especial, párrafo 79; y respuesta de México a la pregunta 61 del Grupo Especial, párrafos 10 y 11.

⁴⁵¹ Pregunta 59 del Grupo Especial.

7.249. En su respuesta a la pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos aclararon varias cuestiones.⁴⁵² Lo más importante para los actuales fines fue que los Estados Unidos explicaron que "la determinación prevista en el artículo 216.91(a)(4)(iii)⁴⁵³ solo se aplica a las pesquerías no abarcadas de otra manera por los apartados 216.91(a)(1)-(3). Como los buques de cerco que operan fuera del PTO están incluidos en el ámbito de aplicación del apartado (a)(2), esta determinación no se aplica a las pesquerías en las que faenan buques de cerco fuera del PTO".⁴⁵⁴ Los Estados Unidos explicaron también que "la determinación efectuada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 216.91(a)(2)(i)⁴⁵⁵ solo se aplica en las pesquerías en las que se utilizan redes de cerco que no están situadas en el PTO".⁴⁵⁶

7.250. En sus observaciones sobre la respuesta de los Estados Unidos, México trató esas aclaraciones. Sostuvo que:

[L]os Estados Unidos interpretan que la Ley permite que los pequeños buques de cerco que faenan en el PTO estén sometidos a prescripciones obligatorias en materia de observadores si se determina que causan mortalidad habitual e importante (no relacionada con la asociación atún-delfines), mientras que los buques grandes y pequeños de cerco que faenan fuera del PTO no están sometidos a esa posibilidad.

...

[Además,] [l]a respuesta de los Estados Unidos pone de relieve que la medida sobre el atún modificada no se ocupa de la asociación entre el atún y los delfines en las pesquerías distintas de las pesquerías en las que faenan buques de cerco. Especialmente a la luz de la asociación de los delfines con las pesquerías en las que se utilizan palangres, esta es otra indicación de arbitrariedad.⁴⁵⁷

7.251. Parece, pues, que la respuesta de los Estados Unidos y las observaciones de México sobre esa respuesta plantean cuestiones de cierta importancia en relación con el sistema por el que podrían exigirse certificaciones de observadores fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en determinadas circunstancias. Para seguir estudiando esta cuestión, el Grupo Especial envió a las partes una pregunta adicional, redactada en los siguientes términos:

A ambas partes: En su respuesta a la pregunta 59 del Grupo Especial, los Estados Unidos aclararon que "la determinación prevista en el artículo 216.91(a)(4)(iii) [de la norma definitiva de 2013, es decir, que una pesquería causa "mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes",] solo se aplica a las pesquerías que no están abarcadas de otra manera por los apartados 216.91(a)(1)-(3). Como los buques de cerco que operan fuera del PTO están incluidos en el ámbito de aplicación del apartado (a)(2), esta determinación no se aplica a las pesquerías en las que faenan buques de cerco fuera del PTO". En sus observaciones sobre esa respuesta, México señaló que "los Estados Unidos interpretan que la Ley permite que los pequeños buques de cerco que faenan en el PTO estén sometidos a prescripciones obligatorias en materia de observadores si se determina que causan mortalidad habitual e importante (no relacionada con la asociación atún-delfines), mientras que los buques grandes y pequeños de cerco que faenan fuera del PTO no están sometidos a esa posibilidad".

A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial entiende que a) nunca se puede exigir que en las pesquerías en que faenan buques de cerco grandes y pequeños situadas

⁴⁵² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial.

⁴⁵³ En esa disposición se declara: "En cualquier otra pesquería en la que el Administrador Adjunto haya determinado que hay mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes"; véase el párrafo 3.45 *supra*.

⁴⁵⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial, párrafo 295.

⁴⁵⁵ En esa disposición se declara: "En una pesquería no situada en el PTO en la que se utilicen redes de cerco cuando el Administrador Adjunto haya determinado que existe una asociación habitual e importante entre los delfines y el atún (similar a la que existe entre los delfines y el atún en el PTO)"; véase el párrafo 3.45 *supra*.

⁴⁵⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial, párrafo 301.

⁴⁵⁷ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 59 del Grupo Especial, párrafo 198.

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

a. ¿Es correcta la interpretación del Grupo Especial? En caso afirmativo, ¿por qué está estructurada de esa manera la medida sobre el atún modificada? ¿Por qué, en otras palabras, no se puede efectuar una determinación de "mortalidad o heridas graves habituales e importantes" con respecto a los buques grandes y pequeños de cerco que faenan fuera del PTO y por qué no se puede efectuar una determinación de "asociación habitual e importante de los delfines y el atún" con respecto a las pesquerías situadas fuera del PTO en las que no faenan buques de cerco y las pesquerías en que faenan buques pequeños de cerco dentro del PTO? El Grupo Especial sabe que, de conformidad con el APICD, no se permite a los pequeños buques de cerco que faenan en el PTO que efectúen lances sobre delfines.

b. Si la interpretación que hace el Grupo Especial de las mencionadas disposiciones es correcta, ¿podrían el hecho de que no se puede efectuar una determinación de "mortalidad o heridas graves habituales e importantes" con respecto a los buques grandes y pequeños de cerco que faenan fuera del PTO, o el hecho de que no se puede efectuar una determinación de "asociación de los delfines y el atún habitual e importante" con respecto a las pesquerías situadas fuera del PTO en las que no faenan buques de cerco y las pesquerías situadas dentro del PTO en las que faenan buques pequeños de cerco, tener como resultado una pesca de atún no *dolphin safe*?⁴⁵⁸

7.252. En su respuesta, los Estados Unidos confirmaron la interpretación del Grupo Especial expuesta en su pregunta a las partes. Los Estados Unidos explicaron que las dos determinaciones en cuestión "admiten la *posibilidad*" de que las condiciones en las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO sean tales que justifiquen que se exija la certificación de un observador (además de la declaración del capitán) en el caso del atún capturado fuera del PTO. En lo relativo a las razones de que la DPCIA solo permita que se efectúe una determinación de "asociación entre el atún y los delfines habitual e importante" con respecto a las pesquerías en las que faenan buques de cerco fuera del PTO, los Estados Unidos declararon que:

[C]ontrariamente a lo que ocurre en las pesquerías en las que faenan buques de cerco, parecería tener escaso sentido vincular la prescripción en materia de observadores con la existencia de una asociación entre el atún y los delfines similar a la que existe en el PTO a los efectos de la pesca no realizada con redes de cerco. Esto quiere decir que, aunque en este procedimiento nadie niega que el daño sin igual causado a los delfines por los grandes buques de cerco en el PTO está directamente relacionado con la existencia de la asociación entre el atún de aleta amarilla y los delfines, *no* hay pruebas de que exista una correlación similar entre la asociación y el daño a los delfines cuando se trata de *otros* métodos de pesca. La razón de ello es sencilla: otros tipos de artes no pueden aprovechar esa asociación.⁴⁵⁹

7.253. Los Estados Unidos no explicaron por qué, de conformidad con la DPCIA, no se puede efectuar una determinación de "mortalidad de delfines habitual e importante" con respecto a las pesquerías situadas fuera del PTO en las que faenan buques de cerco.

7.254. En sus observaciones sobre la respuesta de los Estados Unidos, México adujo que "[l]os Estados Unidos también se equivocan cuando alegan que no hay pruebas de que exista una

⁴⁵⁸ Pregunta 60 del Grupo Especial.

⁴⁵⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 11. (las cursivas figuran en el original)

correlación entre el daño causado a los delfines por métodos de pesca distintos de las redes de cerco y una asociación entre el atún y los delfines". A juicio de México:

México ha presentado pruebas no controvertidas de que los delfines son atraídos por los palangres a fin de comer los peces prendidos en los anzuelos y que esa atracción da lugar a mortalidad y heridas graves de delfines. México ha presentado también pruebas de que muchos miles de delfines mueren en redes agalleras, lo cual indica que los delfines están "asociados" con ese el [sic] atún capturado con ese método de pesca. Los Estados Unidos no pueden negar razonablemente la función que la asociación desempeña en la mortalidad de delfines fuera del PTO.⁴⁶⁰

7.255. Así pues, México insta al Grupo Especial a que acepte que "es irracional excluir sin más trámite los métodos de pesca distintos de las redes de cerco de la determinación de asociación habitual e importante entre los delfines y el atún y excluir la pesca con redes de cerco de la determinación de mortalidad o heridas graves de delfines habituales e importantes".⁴⁶¹ A juicio de México, esa irracionalidad "es otra prueba de que la medida sobre el atún modificada es arbitraria y no imparcial".⁴⁶²

7.256. El Grupo Especial reconoce que el aspecto o la característica de la medida sobre el atún modificada de que aquí se trata -lo que denominamos las "disposiciones relativas a las determinaciones"- no fue expresamente aducido por México como un motivo separado de incompatibilidad con la OMC antes de que el Grupo Especial planteara la cuestión. De hecho, incluso en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial, México no pidió a este que constatará que las disposiciones relativas a las determinaciones en sí mismas daban lugar a incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC o con los artículos I y III del GATT de 1994. En lugar de ello, tal como lo entendemos, la opinión de México es que las disposiciones relativas a las determinaciones son sencillamente un ejemplo o manifestación más del carácter parcial de las prescripciones en materia de certificación diferentes que, como hemos visto anteriormente, tienen un efecto perjudicial en el atún y los productos de atún mexicanos.⁴⁶³

7.257. Las disposiciones relativas a las determinaciones son parte integrante del sistema de certificación establecido por la medida sobre el atún modificada y, por lo tanto, son pertinentes para el análisis por el Grupo Especial de si los Estados Unidos han puesto su medida en conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD estableciendo procedimientos y prescripciones que abordan suficientemente los riesgos que causan a los delfines métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines dentro del PTO. De hecho, esta es precisamente la razón de que el Grupo Especial formulara una pregunta adicional a las partes pidiendo más información una vez que se planteó claramente la cuestión.

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

⁴⁶⁰ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 4.

⁴⁶¹ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 5.

⁴⁶² Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 5.

⁴⁶³ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 60 del Grupo Especial, párrafo 7.

modificando así las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos.⁴⁶⁴

7.259. Además, a juicio del Grupo Especial, las disposiciones relativas a las determinaciones parecen ser arbitrarias en el sentido de que es difícil conciliarlas con los objetivos que se trata de alcanzar con la propia medida sobre el atún modificada o justificarlas por referencia a esos objetivos.

7.260. Señalamos en primer lugar que los Estados Unidos no explicaron al Grupo Especial por qué los buques de cerco que faenan fuera del PTO no pueden ser objeto de una declaración de que causan "mortalidad de delfines habitual e importante". Por consiguiente, el Grupo Especial no está en condiciones de evaluar si esa disposición relativa a las determinaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.261. En segundo lugar, abrigamos dudas acerca del argumento de los Estados Unidos de que la existencia y la naturaleza de la asociación entre el atún y los delfines no tienen un efecto en el grado de mortalidad o heridas graves causadas por métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines. Como cuestión de sentido común, al Grupo Especial le parece que el riesgo de mortalidad o heridas graves aumenta necesariamente cuando los delfines están asociados con el atún, incluso si el método de pesca de que se trata no va deliberadamente dirigido contra esa asociación, como los lances sobre delfines. Cuando los delfines están asociados con el atún, al Grupo Especial le parece que es más probable que interactúen con las artes de pesca de atún, incluso si esa interacción es accidental o no deliberada. Esto es sencillamente una cuestión de números: cuantos más delfines haya en las proximidades, más probable será que se dé muerte o se hiera gravemente a uno o varios de ellos. Por ejemplo, como explica México en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre esta cuestión y en sus observaciones al respecto, parece mucho más probable que se dé muerte o se hiera gravemente a delfines mediante el uso de palangres en las zonas en que hay una asociación entre el atún y los delfines "habitual e importante", ya que, en esas circunstancias, los delfines estarán muy próximos a los atunes que son atraídos por los palangres y, por lo tanto, quedarán más probablemente prendidos ellos mismos en los anzuelos.

7.262. Además, a juicio del Grupo Especial, la explicación que dan los propios Estados Unidos de las razones de que sean necesarios observadores en el PTO parece indicar que serán precisos observadores siempre que haya una asociación entre el atún y los delfines "habitual e importante", con independencia de si la asociación se da en una pesquería en la que faenan buques de cerco o en cualquier otro tipo de pesquería. Se recordará que los Estados Unidos adujeron (y el Grupo Especial aceptó) que son necesarios observadores en la pesquería en la que faenan grandes buques de cerco del PTO porque la intensidad de la interacción entre el atún y los delfines en esa pesquería hace indispensable que se cuente con una sola persona encargada de vigilar la seguridad y el bienestar de esos animales durante toda la operación de pesca. En opinión del Grupo Especial, es difícil comprender por qué no se aplica igualmente ese razonamiento en el caso de otras pesquerías en las que hay una "asociación entre el atún y los delfines habitual e importante", incluso si el método de pesca utilizado en esa pesquería no tiene deliberadamente como objetivo la asociación. En la medida en que es probable que una asociación entre el atún y los delfines "habitual e importante" aumente las posibilidades de mortalidad o heridas graves de delfines, puede tener sentido que se exija la presencia de observadores *siempre que* exista una asociación entre el atún y los delfines "habitual e importante", a fin de garantizar que los consumidores reciban información exacta sobre la inocuidad para los delfines.

7.263. Por las razones expuestas, el Grupo Especial cree que las disposiciones relativas a las determinaciones crean una laguna en los procedimientos de certificación aplicados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Esas disposiciones parecen haber sido diseñadas para permitir que los Estados Unidos impongan condiciones a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO cuando las condiciones existentes en las primeras se aproximan a las que existen en la segunda. Esto contribuiría a garantizar que, con arreglo a la medida sobre el atún modificada, las situaciones similares se traten de manera similar.

⁴⁶⁴ El Grupo Especial recuerda que, como explicó más arriba, en este procedimiento no es necesario realizar el tipo de análisis amplio y detallado que sería preciso para llegar a la conclusión definitiva de que las prescripciones en materia de certificación diferentes hacen más fácil que el atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO sea etiquetado erróneamente: véase el párrafo 7.169 *supra*.

No obstante, no se puede efectuar una determinación de mortalidad habitual e importante⁴⁶⁵ con respecto a las pesquerías en las que faenan buques de cerco fuera del PTO y no se puede efectuar una determinación de asociación entre el atún y los delfines habitual e importante⁴⁶⁶ con respecto a las pesquerías en las que no faenan buques de cerco. Esto quiere decir que, en algunos casos, se puede tratar a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO de manera diferente y menos rigurosa con arreglo a la medida sobre el atún modificada, incluso cuando las condiciones que existen en esas pesquerías son iguales a las existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, ya sea desde el punto de vista del nivel de mortalidad de delfines o del grado de asociación entre el atún y los delfines. Los Estados Unidos no han proporcionado explicaciones suficientes de la razón de que ese aspecto de la medida sobre el atún modificada esté estructurado de esa manera ni de cómo está relacionado con los objetivos que intenta alcanzar el régimen de etiquetado. Por lo tanto, el Grupo Especial no está convencido de que esa laguna derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.5.2.4.2.3 Opinión separada de un miembro del Grupo Especial

7.264. Uno de los miembros del Grupo Especial no puede estar de acuerdo con el razonamiento y las conclusiones que figuran en los párrafos 7.233 a 7.246 *supra*. En esta sección se reflejan las opiniones de ese miembro.

7.265. Aunque estoy de acuerdo con muchas de las constataciones fácticas intermedias hechas por la mayoría con respecto a prescripciones en materia de certificación diferentes, no coincido con el razonamiento jurídico o la conclusiones desarrollados por mis colegas sobre la base de esas constataciones. Lo más importante es que no estoy de acuerdo en que prescripciones en materia de certificación diferentes carezcan de imparcialidad. Por el contrario, en mi opinión, cualquier trato perjudicial causado por prescripciones en materia de certificación diferentes deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y, por consiguiente, no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.266. Comienzo por señalar que coincido con la mayoría en que una cuestión que ocupa un lugar central en la evaluación de la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es si el trato perjudicial identificado puede justificarse o no sobre la base del objetivo de política que se trata de alcanzar con el reglamento técnico en litigio y en qué medida puede justificarse. En el presente asunto, esto quiere decir que es necesario examinar si las prescripciones en materia de certificación diferentes impuestas por la medida sobre el atún modificada están plenamente en armonía con los objetivos de dicha medida o permiten que se alcancen esos objetivos.

7.267. A mi juicio, la meta u objetivo general de la medida sobre el atún modificada es reducir al mínimo el riesgo de que los consumidores que prefieren el atún *dolphin safe* -es decir, el atún capturado de manera no perjudicial para los delfines- acaben, no obstante, consumiendo atún que, de hecho, haya sido capturado en lances u otros empleos de artes en que se haya dado muerte o se haya herido gravemente a delfines. Para alcanzar este objetivo, la medida sobre el atún modificada establece y aplica mecanismos que permiten detectar la mortalidad y las heridas graves de delfines durante las expediciones de pesca. Siempre que esos mecanismos permiten descubrir que se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín en un lance u otro empleo de artes determinado, todo el atún capturado mediante ese lance o empleo de artes deja de reunir las condiciones para recibir la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos.

7.268. México aduce que los mecanismos de detección aplicados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO son menos sensibles y, por lo tanto, menos precisos o fiables que los establecidos para los grandes buques de cerco en el PTO. Según México, es menos probable que los mecanismos aplicados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO detecten la mortalidad y las heridas graves de delfines que los mecanismos existentes en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Por consiguiente, según el argumento de México, hay una mayor oportunidad o mayor probabilidad de que el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO se etiquete como *dolphin safe* incluso si fue capturado en un lance en el que, de hecho, se dio muerte o se hirió gravemente a delfines. No obstante, el riesgo o la probabilidad de que el atún lleve la etiqueta *dolphin safe* incluso si fue capturado en un lance en

⁴⁶⁵ Artículo 216.91(a)(4)(iii) del reglamento de aplicación.

⁴⁶⁶ Artículo 216.91(a)(2)(i) del reglamento de aplicación.

el que, de hecho, se dio muerte o se hirió gravemente a delfines depende no solo de la sensibilidad del mecanismo de detección de la mortalidad o las heridas de delfines sino también de la probabilidad de esa mortalidad o esas heridas, es decir de la magnitud del riesgo que representa para los delfines o bien un método de pesca concreto o una situación concreta en una pesquería, como una estrecha interacción entre los delfines y el atún.

7.269. México aduce que los mecanismos aplicados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO son menos precisos porque: a) hay incentivos financieros para que los capitanes no notifiquen todos los casos de mortalidad y heridas graves; y b) los capitanes pueden no poseer el mismo grado de conocimientos técnicos que los observadores independientes y, por consiguiente, pueden ser menos capaces de detectar la mortalidad y las heridas graves que tengan lugar durante las operaciones de pesca.

7.270. Estoy totalmente de acuerdo con la constatación fáctica de la mayoría sobre el punto a): a mi juicio, México no ha proporcionado pruebas suficientes de que los capitanes sean intrínsecamente no fiables debido a incentivos financieros contrarios al fin perseguido.

7.271. También estoy de acuerdo con la mayoría sobre el punto b), es decir, que los capitanes pueden no poseer el mismo grado de conocimientos técnicos que los observadores independientes. Las pruebas demuestran con bastante claridad que los observadores que actúan en el PTO reciben una amplia formación sobre una gama de cuestiones y actividades relacionadas con la seguridad de los delfines y que los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente el mismo grado de conocimientos especializados.⁴⁶⁷ Por lo tanto, los capitanes pueden ser menos capaces de detectar la mortalidad y las heridas graves que se produzcan durante las operaciones de pesca que los observadores independientes especialmente formados.

7.272. No obstante, a mi juicio, esto no es una deficiencia decisiva porque con frecuencia los capitanes se ven llamados a certificar la existencia de hechos de los que no tienen conocimiento directo. En muchos casos, se espera que los capitanes certifiquen la existencia de hechos sobre la base de información que les proporciona su tripulación. Análogamente, es razonable esperar que muchas actividades que confían a los capitanes los reglamentos de las pesquerías nacionales, regionales e internacionales sean desarrolladas, de hecho, por la tripulación, bajo la supervisión general o global del capitán, aun cuando corresponde a este en último término la responsabilidad de certificar que la actividad en cuestión fue debidamente realizada. Esto parece indicar que el mero hecho de que los capitanes no posean conocimientos técnicos o especializados sobre la biología y la seguridad de los delfines no hace necesariamente que no sean fiables sus certificaciones de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines en un lance u otro empleo de artes determinado. Incluso cuando el capitán no posee esos conocimientos técnicos, puede tenerlos un miembro de la tripulación, y no hay motivos para creer que la certificación otorgada por un capitán sobre la base de información proporcionada por ese miembro de la tripulación sería necesariamente o intrínsecamente inexacta.

7.273. Además, lo cual es quizá más importante, creo que, *incluso si se da por supuesto* que es menos probable que las certificaciones de los capitanes detecten casos de mortalidad y heridas graves, ese hecho no conduce a la conclusión de que las prescripciones en materia de certificación diferentes carecen de imparcialidad. Ello se debe a las razones siguientes.

7.274. En primer lugar, ni las certificaciones de los capitanes ni las de los observadores pueden detectar *todos* los casos de mortalidad o heridas graves de delfines. Sean cuales fueren los términos de la certificación, lo único que puede certificar realmente un capitán o un observador es que no se *detectaron* -es decir, se observaron- mortalidad o heridas graves de delfines en un lance u otro empleo de artes. Dadas las posibilidades de error humano, es sencillamente imposible que incluso el observador más cualificado diga con certeza que no se dio muerte ni se hirió gravemente a *ningún* delfín durante una operación de pesca. Los certificados tanto de los observadores como de los capitanes deben considerarse una indicación fiable de si se detectaron o no mortalidad o heridas de delfines. Sin embargo, es evidente que, cuando no hay a bordo un observador independiente, es menos probable que se detecten la mortalidad o las heridas graves de delfines que en las situaciones en las que hay a bordo un observador independiente especialmente formado.

⁴⁶⁷ De hecho, en mi opinión, los Estados Unidos ni siquiera han alegado que los capitanes tengan siempre y necesariamente los mismos conocimientos técnicos que los observadores independientes.

7.275. La consecuencia de esto es que, tanto en la certificación del capitán como en la de un observador, se tolera necesariamente un cierto grado o margen de error. El margen de error puede ser más reducido en el caso de la certificación del observador que en el de la certificación del capitán pero, en ambos casos, existe siempre alguna posibilidad de que no se observen la muerte o la herida grave de un delfín. Por consiguiente, podemos hablar de la diferencia entre la certificación del capitán y la del observador no solo desde el punto de vista de *la exactitud o la sensibilidad* de cada una de ellas sino también desde el punto de vista de *la amplitud del margen de error* que puede existir en cada caso.

7.276. Ahora bien, si aceptamos que la certificación, ya sea del capitán o del observador, admite siempre un cierto margen de error, la cuestión es si es aceptable, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que los Estados Unidos toleren un margen de error mayor en los mecanismos aplicados fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que en los que se aplican dentro de ella. A mi juicio, lo es. Dicho en términos simples, mi opinión es que, cuando la probabilidad de mortalidad o heridas graves de delfines es menor -debido, por ejemplo, a que el grado de asociación entre el atún y los delfines es menos probable- los Estados Unidos pueden aceptar un margen de error proporcionalmente mayor. A la inversa, cuando los riesgos son mayores, puede ser apropiado tolerar únicamente un margen de error más reducido. Siempre que el margen de error tolerado sea, para utilizar un término empleado en el procedimiento original, "adaptado" en función de los riesgos con que se enfrentan los delfines es una pesquería determinada, el mero hecho de que los mecanismos de detección aplicados dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y fuera de ella no sean los mismos no hace que la medida sobre el atún modificada carezca de imparcialidad. De hecho, me parece que, si se entiende en ese sentido, la "adaptación" del margen de error aceptable en función del grado de riesgo en una pesquería determinada se sitúa en el centro mismo del análisis de la imparcialidad en el presente asunto.

7.277. Un ejemplo hipotético puede contribuir a aclarar mi opinión. Digamos que una ciudad impone un límite de velocidad de 80 kilómetros por hora en todas las calles. Digamos también que, para detectar las infracciones de ese límite de velocidad, la ciudad ha creado un sistema de observación por la policía. Ahora, supongamos que en el suburbio A hay una mayor incidencia de exceso de velocidad que en el suburbio B. Como resultado de ello, la ciudad exige la observación diaria por la policía en las calles principales del suburbio A con detectores muy sensibles, pero solo cuatro días a la semana en el suburbio B con aparatos menos sensibles. ¿Se podría describir ese sistema como carente de imparcialidad? En mi opinión, no se podría. Tal como yo lo veo, es totalmente razonable que los gobiernos, cuando hacen cumplir las reglamentaciones, varíen la intensidad de sus mecanismos de detección de conformidad con la incidencia pasada y el potencial futuro de infracciones. Siempre que exista una conexión racional entre la variación de la intensidad y la diferencia del riesgo, yo no consideraría que la aplicación de mecanismos de detección diferentes carezca de imparcialidad o sea discriminatoria por otros motivos.

7.278. Como explicó el Grupo Especial en su examen de los criterios de admisibilidad, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación constataron en el procedimiento inicial que los lances sobre delfines son "especialmente dañin[os]" para esos animales. Los lances sobre delfines son el único método de pesca de atún que deliberadamente tiene como objetivo los delfines y, por ello, interactúan con los delfines de manera singularmente intensa, tanto desde el punto de vista del número de delfines afectados como de la frecuencia de la interacción. A mi juicio, los Estados Unidos han presentado pruebas suficientes de que los riesgos existentes en las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, son, en general, significativamente menos graves que los que se plantean en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.⁴⁶⁸ Por supuesto, esto no quiere decir que otros métodos de pesca no causen mortalidad o heridas graves. Sí lo hacen, y esa es la razón de que los Estados Unidos exijan a los capitanes que actúan en esas pesquerías que certifiquen que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín. No obstante, dado el mayor grado de riesgo en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, en mi opinión es totalmente imparcial que los Estados Unidos toleren un margen de error más reducido en esta última pesquería y, por consiguiente, exijan la presencia de observadores en esa pesquería pero no en otras.

⁴⁶⁸ Véanse la sección C de la primera comunicación escrita de los Estados Unidos y el cuadro en el que se resumen las pruebas obrantes en el expediente pesquería por pesquería (Estados Unidos - Prueba documental 127).

7.279. Como debería ser evidente, mi razonamiento se basa en la idea de que, cuando el grado de riesgo es diferente, es aceptable que los Estados Unidos toleren márgenes de error diferentes en sus mecanismos de detección. El corolario de esta posición es que no podría decirse que actuaran con imparcialidad si toleraran un margen de error diferente en dos (o varias) pesquerías cuyos perfiles de riesgo fueran iguales. En esas circunstancias, la imparcialidad requeriría que se aplicaran los mismos mecanismos de detección.

7.280. A mi juicio, la medida sobre el atún modificada responde a esa necesidad mediante los artículos 216.91(a)(4)(iii) y 216.91(a)(2)(i) (las "disposiciones relativas a las determinaciones"). Esas disposiciones permiten que el Administrador Adjunto efectúe una determinación de que una cierta pesquería está causando "mortalidad de delfines habitual e importante" o de que en ella existe una "asociación entre el atún y los delfines habitual e importante" similar a la que existe en el PTO. Cuando se efectúe tal determinación, en esas pesquerías se exigirá la certificación por observadores independientes. En otros términos, la medida sobre el atún modificada tiene la flexibilidad suficiente para que los Estados Unidos puedan imponer las mismas prescripciones en las pesquerías en las que prevalece el mismo grado de riesgo. A mi juicio, esa flexibilidad es otra prueba de la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación diferentes previstas en la medida sobre el atún modificada.

7.281. Ahora bien, si se demostrara que en alguna otra pesquería se están causando, como cuestión de hecho, "mortalidad o heridas graves habituales e importantes" o que en otra pesquería, hay como cuestión de hecho, "una asociación entre el atún y los delfines habitual e importante" similar a la que existe en el PTO, se podría aducir que el hecho de que el Administrador Adjunto no efectúe la determinación pertinente prevista en los artículos 216.91(a)(4)(iii) y/o 216.91(a)(2)(i) da, en sí mismo, lugar a una falta de imparcialidad. Esto sería así porque el hecho de que no se efectuara una determinación tendría el resultado de que pesquerías en las que existían los mismos riesgos recibían un trato diferente. No obstante, México no ha pedido al Grupo Especial que constate que el hecho de que el Administrador Adjunto no efectuara una determinación es, de por sí, una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En mi opinión, México tampoco ha presentado pruebas suficientes para respaldar ese argumento.

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

7.283. Dicho esto, estoy plenamente de acuerdo con el razonamiento de la mayoría acerca de las disposiciones relativas a las determinaciones que se explica en los párrafos 7.247 a 7.263 *supra*. A mi juicio, el hecho de que no se pueda hacer una determinación de mortalidad habitual e importante con respecto a las pesquerías en las que faenan buques de cerco fuera del PTO y el hecho de que no se pueda hacer una determinación de asociación entre el atún y los delfines habitual e importante con respecto a las pesquerías en las que no faenan buques de cerco no se han explicado ni justificado. Por lo tanto, ese aspecto de las prescripciones en materia de certificación diferentes es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.5.2.5 Las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes

7.284. El tercer caso de trato menos favorable planteado por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se refiere a las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación diferentes que se aplican al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO, por una parte, y todo el resto del atún, por la otra.

7.285. En su primera comunicación escrita, México describe la distinción reglamentaria del modo siguiente:

Las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación en el caso del atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines conformes con el APICD

y las prescripciones diferentes en el caso del atún capturado fuera del PTO utilizando los mismos métodos de pesca y métodos de pesca distintos.⁴⁶⁹

7.286. En estas constataciones, aludiremos a esa distinción reglamentaria como "prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes".

7.287. Como lo hicimos en relación con las prescripciones en materia de certificación diferentes, comenzamos por examinar si las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. Si constatamos que lo hacen, pasaremos a determinar si ese efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.5.2.5.1 La cuestión de si las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares

7.5.2.5.1.1 Argumentos de las partes

7.288. El contenido de la alegación de México de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes tienen un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia del atún y los productos de atún mexicanos es esencialmente el mismo que el de su alegación relativa a las prescripciones en materia de certificación diferentes. El argumento de México no es que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes, de por sí, bloqueen u obstaculicen el acceso de México a la etiqueta *dolphin safe*. En lugar de ello la reclamación de ese país es que "la inexistencia de suficientes prescripciones en materia de ... mantenimiento de registros [y] verificación ... aplicables al atún utilizado para producir los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países significa que los productos de atún mexicanos están perdiendo oportunidades de competencia frente a productos de atún que pueden etiquetarse incorrectamente como *dolphin safe*. Esta diferencia es lo que crea el efecto perjudicial".⁴⁷⁰ Según México, el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes no deriva de la "denegación de una oportunidad de competencia" -esto es, más allá de la denegación inherente a la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines o de manera adicional a esa denegación- sino, más bien, de la concesión de "una ventaja competitiva" al atún y los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros Miembros de la OMC.⁴⁷¹

7.289. Los Estados Unidos rechazan los argumentos de México por razones muy similares a aquellas por las que rechazaron los argumentos mexicanos sobre las prescripciones en materia de certificación diferentes. Su principal afirmación es que "el efecto perjudicial no deriva de" las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y de seguimiento y verificación diferentes.⁴⁷² En lugar de ello, "el primer elemento de México [es decir, los criterios de admisibilidad] es el efecto perjudicial" y, como "los productos de atún mexicanos que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines seguirían sin reunir las condiciones para tener acceso a la etiqueta '*dolphin safe*' incluso si no existieran las prescripciones diferentes en materia de observadores, "México simplemente no puede establecer una relación causal entre el efecto perjudicial" y las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y de seguimiento y verificación diferentes".⁴⁷³

7.290. Asimismo, al igual que en el contexto de las prescripciones en materia de certificación diferentes, los Estados Unidos señalan que la alegación de México contra las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se basa en la idea de que "los productores se encuentran en situación de desventaja frente a sus competidores no pertenecientes al APICD en la medida en que se permite a esos competidores designar erróneamente sus productos de atún como '*dolphin safe*' ... mientras que los productores mexicanos, debido a las rigurosas prescripciones en materia de mantenimiento de registros del APICD, no pueden cometer un fraude

⁴⁶⁹ Primera comunicación escrita de México, párrafo 236.

⁴⁷⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 117.

⁴⁷¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 117.

⁴⁷² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 223.

⁴⁷³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 223. (las cursivas figuran en el original)

de ese mismo nivel".⁴⁷⁴ No obstante, a juicio de los Estados Unidos, "México no presenta *ninguna* prueba que respalde la afirmación de que el Gobierno y los ciudadanos estadounidenses han sido defraudados a escala de toda la rama de producción a lo largo de los dos últimos decenios".⁴⁷⁵

7.291. Además, y como adujeron en el contexto de las prescripciones en materia de certificación diferentes, los Estados Unidos aducen que la distinción de que se queja México es "creada por el APICD, no por la medida estadounidense. De hecho, si los Estados Unidos eliminaran todas las referencias al APICD (y sus prescripciones) de la medida modificada, la distinción reglamentaria que crítica México *seguiría existiendo*".⁴⁷⁶ Por consiguiente, a juicio de los Estados Unidos, no hay una "relación auténtica" entre las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes y cualquier efecto perjudicial sufrido por el atún y los productos de atún mexicanos.

7.292. Por último, según los Estados Unidos, la posición de México significa que los Estados Unidos están obligados a exigirse a sí mismos y a todos sus interlocutores comerciales los compromisos internacionales, sean cuales fueren, que México ha asumido con respecto al seguimiento y la verificación, "con independencia de las consideraciones científicas o de cualquier otro tipo". Los Estados Unidos afirman que esto es incompatible con el principio de que los Miembros pueden elegir sus niveles adecuados de protección con respecto a objetivos legítimos.⁴⁷⁷

7.5.2.5.1.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.293. Como cuestión preliminar, recordamos de nuevo nuestra constatación efectuada anteriormente de que México ha formulado una alegación separada con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes y de que es apropiado que examinemos esa alegación.

7.294. Recordamos también que, en el contexto de nuestro análisis anterior de las prescripciones en materia de certificación diferentes, explicamos por qué, en nuestra opinión, se puede considerar debidamente que la distinción reglamentaria de la que se queja México deriva de la propia medida sobre el atún modificada, aunque incorpora prescripciones impuestas por el APICD.⁴⁷⁸ Sin perjuicio de la cuestión de si las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes tienen, de hecho, un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia del atún y los productos de atún mexicanos importados -cuestión que analizamos detalladamente en los párrafos siguientes- señalamos que nuestro análisis de la relación entre las prescripciones del APICD y la medida sobre el atún modificada se aplica con igual fuerza con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes. Aunque las propias prescripciones en materia de seguimiento y verificación que impone la medida sobre el atún modificada en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO derivan del APICD, la distinción reglamentaria de que se queja México es la distinción hecha por la propia medida sobre el atún modificada al imponer prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes a distintos atunes como condición del acceso a la etiqueta estadounidense *dolphin safe*. Así pues, aunque es cierto que "[l]o que exige la legislación estadounidense es que los productores mexicanos proporcionen formularios 370 en los que conste el número de seguimiento exigido por el APICD", mientras que "[l]as prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación propiamente dichas de que se queja México figuran en el APICD"⁴⁷⁹, ocurre, no obstante, que cuando se incorporan esas prescripciones del APICD en la medida sobre el atún, la propia medida sobre el atún crea una distinción reglamentaria que supedita el acceso a la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos a distintos criterios que dependen del lugar y la manera en que se capturó el atún.

7.295. El Grupo Especial pasa ahora a tratar el contenido de los argumentos de las partes. Antes de realizar nuestra evaluación jurídica, es necesario que examinemos con cierto detalle la situación de hecho bastante compleja con que nos enfrentamos.

⁴⁷⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 246.

⁴⁷⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 247. (las cursivas figuran en el original)

⁴⁷⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 226. (las cursivas figuran en el original)

⁴⁷⁷ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 105.

⁴⁷⁸ Véanse los párrafos 7.171-7.179 *supra*.

⁴⁷⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 98.

La manera en que el Grupo Especial interpreta el sistema de los Estados Unidos para el seguimiento y la verificación del atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO

7.296. Como dice México en su primera comunicación escrita, "[e]l cumplimiento de lo dispuesto en el APICD lleva consigo obligaciones rigurosas de aplicar el sistema de seguimiento del atún del APICD.⁴⁸⁰ En su primera comunicación, México cita ampliamente la Resolución para adoptar el Sistema de seguimiento y verificación del atún modificado del APICD, de 20 de junio de 2001⁴⁸¹, en la que se describen con gran detalle las prescripciones en materia de seguimiento y verificación que se aplican al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO. Estamos de acuerdo con México en que esa descripción detallada es "fundamental para la comprensión de los pasos que son necesarios para garantizar que un producto de atún contenga válidamente atún capturado sin daño para los delfines"⁴⁸² y nos remitimos a la parte expositiva del presente informe, en la que describimos ese sistema con cierto detalle.⁴⁸³

7.297. Los diversos pasos se aplican en la legislación mexicana mediante una serie de medidas.⁴⁸⁴ No obstante, no necesitamos ocuparnos de los detalles de la legislación interna de México.⁴⁸⁵

7.298. México opone las prescripciones en materia de seguimiento y verificación detalladas que se aplican a los grandes buques de cerco en el PTO y la inexistencia de prescripciones similares aplicadas al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO. Como dice México, en el caso de ese atún "[n]o hay prescripciones documentales para ningún tipo de productos de atún no procedentes del PTO salvo la autocertificación por el capitán. En particular, no hay ninguna prescripción que exija un sistema de seguimiento del atún en absoluto".⁴⁸⁶

7.299. Los Estados Unidos reconocen que esas prescripciones del APICD se incorporan, indirectamente por lo menos, en la medida sobre el atún. Explican que el formulario 370 "exige que el atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco vaya acompañado por documentación del país miembro del PICD apropiado en la que se certifique que hubo un observador del PICD en el buque en todo momento y se hagan constar los números del TTF o los TTF conexos".⁴⁸⁷

7.300. Sin embargo, los Estados Unidos rechazan la alegación de México de que, contrariamente a lo que ocurre en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada no impone prescripciones en materia de seguimiento y verificación al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO. Por el contrario, según los Estados Unidos, la medida sobre el atún modificada *sí* impone por lo menos dos⁴⁸⁸ prescripciones en materia de seguimiento y verificación a fin de "proteger la integridad de la etiqueta *dolphin safe* en el caso del atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco que operan en el PTO".⁴⁸⁹ Según los Estados Unidos, "[e]stas dos prescripciones aplican las prescripciones en materia de mantenimiento de registros de las organizaciones regionales administradoras de pesquerías por las que se rigen las pesquerías de atún no pertenecientes al PTO y, de hecho, van más allá de esas prescripciones"⁴⁹⁰ -esto es, las prescripciones en materia de registro elaboradas en el contexto de los diversos acuerdos internacionales que regulan la pesca en determinadas regiones del océano-.

⁴⁸⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafo 89.

⁴⁸¹ Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines, "Resolution to Adapt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna" (20 de junio de 2001) (México - Prueba documental 36).

⁴⁸² Primera comunicación escrita de México, párrafo 90.

⁴⁸³ Véanse los párrafos 3.47-3.52 *supra*.

⁴⁸⁴ Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-002-PESC-1999, Pesca responsable de túnidos. Especificaciones para la protección de delfines. Requisitos para la comercialización de túnidos en territorio nacional (México - Prueba documental 31) y Norma Oficial Mexicana NOM-001-SAG/PESC-2013, Pesca responsable de túnidos. Especificaciones para las operaciones de pesca con red de cerco (México - Prueba documental 32).

⁴⁸⁵ Véase la primera comunicación escrita de México, párrafos 91-93.

⁴⁸⁶ Primera comunicación escrita de México, párrafo 94. (Subrayado en el original)

⁴⁸⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 44-46.

⁴⁸⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 49 y 50.

⁴⁸⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 48.

⁴⁹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 51.

7.301. En primer lugar, los Estados Unidos explican que:

[C]ada producto de atún importado, con independencia de dónde se haya capturado el atún y de si se utiliza la etiqueta *dolphin safe*, debe ir acompañado por un formulario 370 de la NOAA en el que se describa el tipo de artes con que se capturó el atún y, si el producto debe llevar la etiqueta *dolphin safe*, se incluyan las certificaciones necesarias. En el momento de la importación, un ejemplar de ese formulario se presenta a la Oficina de Aduanas y Protección de Frontera y otro se presenta, en un plazo de 10 días contados desde la importación, al Programa de Seguimiento y Verificación del Atún (TTVP).⁴⁹¹

7.302. En segundo lugar, los Estados Unidos sostienen que:

[L]a medida modificada exige que el atún que vaya a utilizarse en un producto de atún que lleve la etiqueta *dolphin safe* se separe del atún no *dolphin safe* en el momento de la captura y hasta la descarga y la transformación. El artículo 216.93(c)(1) aplica esta prescripción en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO, exigiendo que el atún *dolphin safe* se cargue en viveros designados y se descargue en camiones, instalaciones de almacenamiento o buques de transporte de manera que se salvaguarde la distinción entre el atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe*. Los artículos 216.93(c)(2) y (3) aplican la misma prescripción al atún capturado por buques de cerco fuera del PTO y al atún capturado en otras pesquerías. Cualquier mezcla en los viveros o las zonas de almacenamiento de que se trate tiene como resultado que el atún se designe no *dolphin safe*.⁴⁹²

7.303. Además, los Estados Unidos explican que determinados organismos del Gobierno de los Estados Unidos realizan diversas comprobaciones en las fábricas de conservas estadounidenses⁴⁹³, incluidas comprobaciones aleatorias⁴⁹⁴, para garantizar el cumplimiento de esas prescripciones. Así, siempre que una fábrica de conservas estadounidense recibe un envío de atún nacional o importado para su transformación, puede estar presente un representante del Servicio Nacional de Pesca Marítima que supervise la entrega y verifique la designación *dolphin safe*.⁴⁹⁵ Además, las fábricas de conservas estadounidenses están obligadas a presentar al TTVP informes mensuales, que contengan información sobre, entre otras cosas, las especies de atún recibidas por la fábrica, su condición *dolphin safe* y sus características (incluido el peso), así como el océano en que fue capturado el atún, el tipo de artes utilizado, el tipo de buque que lo capturó, las fechas de la expedición, el nombre del buque de transporte, las fechas de descarga, el lugar de descarga y, si los productos de atún deben llevar la etiqueta *dolphin safe*, las certificaciones exigidas de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en los lances en que se capturó el atún. Para facilitar esas comprobaciones, todos los exportadores, transbordadores⁴⁹⁶, importadores, empresas de transformación y distribuidores de atún y productos de atún deben conservar los registros relativos a los envíos de pesca de atún en los que participan durante dos años por lo menos.⁴⁹⁷

7.304. Según los Estados Unidos, se pueden aplicar diversas sanciones si no se cumplen esas prescripciones. Por ejemplo, cuando se constata que los productos de atún están incorrectamente etiquetados, pueden ser objeto de decomiso, reexportados o incluso, en algunos casos, destruidos.⁴⁹⁸ Además, el importador estadounidense registrado de un determinado lote o envío de atún es responsable, de conformidad con la legislación estadounidense, de la exactitud de la información contenida en el formulario 370 correspondiente. Las personas que ofrecen para la venta o exportan productos de atún que llevan falsamente la etiqueta *dolphin safe* -incluidos los

⁴⁹¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 49.

⁴⁹² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 50.

⁴⁹³ Los Estados Unidos han reconocido que no realizan comprobaciones en las fábricas de conservas no estadounidenses: primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 64.

⁴⁹⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 53 ("el NMFS realiza periódicamente auditorías de las fábricas de conservas de atún estadounidenses y efectúa 'comprobaciones aleatorias' del mercado minorista de productos de atún").

⁴⁹⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 52.

⁴⁹⁶ Véase el examen de la compleja cuestión del transbordo en los párrafos 7.327-7.351 *infra*.

⁴⁹⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 52.

⁴⁹⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 53.

productores, importadores, exportadores, distribuidores y otros vendedores- pueden enfrentarse a sanciones civiles e incluso a procedimientos penales de conformidad con la DPCIA.⁴⁹⁹

7.305. En su segunda comunicación escrita, México plantea preocupaciones en relación con la utilidad de las prescripciones estadounidenses en materia de seguimiento y verificación para el atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO. En particular, México señala que, "[c]uando las autoridades estadounidenses realizan su 'verificación' de fábricas de conservas de los Estados Unidos, solo pueden comprobar si una fábrica mantiene registros de la documentación que recibe; no hay manera de comprobar la validez de la documentación".⁵⁰⁰ Así pues, según México, "la medida sobre el atún modificada no prevé prescripciones ni procedimientos por los que se pueda seguir o verificar la condición *dolphin safe* del atún capturado por un buque fuera del PTO en ningún punto mientras está almacenado a bordo de buques de pesca, se mezcla con atún capturado por otros buques de pesca o es descargado en el puerto, comercializado a través de intermediarios, transbordado, parcialmente transformado en lomos, transformado en productos de atún acabados o importado en los Estados Unidos".⁵⁰¹ A juicio de México, esto contrasta de manera flagrante con el hecho de que "la medida sobre el atún modificada exige un sistema de mantenimiento de registros y verificación amplio y comprobado independientemente para la condición *dolphin safe* del atún capturado dentro del PTO".⁵⁰²

7.306. A fin de comprender mejor las prescripciones en materia de seguimiento y verificación impuestas al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco, el Grupo Especial formuló varias preguntas a las partes sobre esta cuestión después de su reunión con ellas.⁵⁰³

7.307. El Grupo Especial pidió a los Estados Unidos que explicaran "cómo pueden los Estados Unidos verificar, si pueden hacerlo de alguna manera, que fuera del PTO el atún *dolphin safe* y no *dolphin safe* se ha mantenido separado desde el momento en que se capturó hasta el momento en que se vendió al por menor, como exige la medida sobre el atún modificada".⁵⁰⁴ En respuesta, los Estados Unidos explicaron que "[h]ay varios mecanismos por los que los Estados Unidos pueden verificar si el atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe* capturados fuera del PTO se mantuvieron separados desde la captura, durante la transformación y hasta la venta al por menor".⁵⁰⁵ Esos mecanismos comprenden "las inspecciones en alta mar o en aguas estadounidenses", durante las cuales "puede ponerse de manifiesto que el capitán no ha separado el atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe*".⁵⁰⁶ Además, los Estados Unidos aducen que "las inspecciones rutinarias de los envíos de atún descargados en puertos estadounidenses o fábricas de conservas estadounidenses pueden revelar que el capitán no ha separado el atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe*". Ese descubrimiento puede producirse a consecuencia de auditorías documentales, o "un funcionario podría observar que el atún se descarga en camiones, instalaciones de almacenamiento o buques de transporte de manera que no permite mantener la separación del atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe*".⁵⁰⁷ Auditorías gubernamentales de las fábricas de conservas estadounidenses "pueden revelar fallos sistémicos del mantenimiento de procedimientos adecuados para separar el atún *dolphin safe* y no *dolphin safe*" o "sistemas insuficientes para garantizar que todo el atún comprado como *dolphin safe* vaya acompañado por las certificaciones exigidas y sea seguido durante su transformación".⁵⁰⁸ Y el NMFS está autorizado a realizar "comprobaciones aleatorias de los productos vendidos al por menor", en las que "utiliza el código de producto" de una lata o una bolsa de atún seleccionada aleatoriamente para "seguir el producto en sentido inverso a través del importador o la empresa de transformación hasta el buque que capturó el atún y la expedición del buque".⁵⁰⁹ Por último, los Estados Unidos aducen que "la rama de producción de conservas de atún lleva a cabo su propia vigilancia de los capitanes de los buques". Según los Estados Unidos, "es posible que las propias fábricas de conservas puedan verificar y verifiquen si los buques han

⁴⁹⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 53.

⁵⁰⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 67.

⁵⁰¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 145.

⁵⁰² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 145.

⁵⁰³ Preguntas 43, 44 y 45 del Grupo Especial.

⁵⁰⁴ Pregunta 43 del Grupo Especial.

⁵⁰⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 229.

⁵⁰⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 230.

⁵⁰⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 231.

⁵⁰⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 232.

⁵⁰⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 233.

mantenido la separación que exige la medida estadounidense y ... podrían negarse a comprar atún procedente de buques que no hayan cumplido lo dispuesto en la medida modificada".⁵¹⁰

7.308. En su respuesta a otra pregunta del Grupo Especial⁵¹¹, los Estados Unidos proporcionaron a este detalles adicionales sobre esos mecanismos de seguimiento y verificación. Para los fines actuales, la parte más importante de la respuesta de los Estados Unidos se refiere a las auditorías de las fábricas de conservas porque son esas auditorías las que permiten a las autoridades estadounidenses "obtener todos los documentos que siguen a lotes determinados recibidos por las fábricas desde la expedición del buque en la que se capturó el atún".⁵¹² En otros términos, tal como lo entendemos, los Estados Unidos se aseguran de que todo el atún ha sido seguido y verificado debidamente a fin de garantizar que atún no *dolphin safe* no se etiquete incorrectamente sobre todo a través de las auditorías de las fábricas de conservas.

7.309. **[[ICC^{513o514}]]**

7.310. **[[ICC^{515o516}]]**

7.311. **[[ICC⁵¹⁷]]** A juicio de los Estados Unidos, las auditorías pueden, por lo tanto, "revelar discrepancias en la documentación e irregularidades de procedimiento que conduzcan a certificaciones *dolphin safe* inexactas o fraudulentas. Concretamente, una auditoría puede poner de manifiesto que faltan formularios 370 o declaraciones de los capitanes, que el mantenimiento de los registros que vinculan las certificaciones de los capitanes a los lotes de atún enlatado es inadecuado o que se ha mezclado atún *dolphin safe* con atún no *dolphin safe*".⁵¹⁸

7.312. Es importante señalar que las comprobaciones aleatorias de productos vendidos al por menor que pueden realizar las autoridades estadounidenses funcionan esencialmente de la misma manera que las auditorías de las fábricas de conservas. En el caso del atún transformado en los Estados Unidos, la autoridad pertinente rastreará la lata en sentido inverso, remontándose hasta la fábrica de conservas responsable de la producción, y esa fábrica de conservas deberá entonces proporcionar la documentación mencionada en los párrafos anteriores a fin de establecer la identidad del atún -es decir, el buque y la expedición en que este se capturó y su certificación *dolphin safe*. Cuando el atún haya sido transformado fuera de los Estados Unidos, las autoridades pertinentes utilizarán la lata para identificar al importador, que tendrá entonces que proporcionar la documentación pertinente. En esos casos, el propio importador será responsable de cualquier inexactitud o fraude descubierto.⁵¹⁹ Así pues, "[l]os mismos sistemas internos de rastreabilidad que permiten a las fábricas de conservas ajustarse a las auditorías les permiten también cumplir las prescripciones de las comprobaciones aleatorias de productos vendidos al por menor".⁵²⁰

7.313. La respuesta de los Estados Unidos a la pregunta del Grupo Especial termina de la siguiente manera: "Por supuesto, la NOAA no verifica la certificación *dolphin safe* de cada lata de atún importada en los Estados Unidos. No obstante, los registros detallados que mantienen los importadores y las fábricas de conservas, y el hecho de que las certificaciones *dolphin safe* se han

⁵¹⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 234.

⁵¹¹ Pregunta 44 del Grupo Especial. La pregunta está redactada en los siguientes términos: "A los Estados Unidos: ¿Cómo pueden determinar los Estados Unidos si un importador, empresa de transformación o capitán ha hecho una declaración *dolphin safe* falsa?"

⁵¹² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 240.

⁵¹³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 241.

⁵¹⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 241.

⁵¹⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 242. Los Estados Unidos aducen que, en algunos casos, el código de la lata también puede permitir a las autoridades hacer un rastreo en sentido inverso hasta la declaración conexa del capitán. Sin embargo, en opinión del Grupo Especial las pruebas en que se basan los Estados Unidos en apoyo de este argumento son ambiguas. En particular, al Grupo Especial le desconcierta el hecho de que **[[ICC]]**. Por tanto, el Grupo Especial se abstiene de constatar que las pruebas que tiene ante sí establecen que los códigos de las latas permiten a las autoridades estadounidenses rastrear el atún contenido en un producto vendido al por menor en sentido inverso hasta la declaración conexa del capitán.

⁵¹⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafos 242 y 243.

⁵¹⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 243.

⁵¹⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 244.

⁵¹⁹ Véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 del Grupo Especial, donde se explican las diversas "consecuencias jurídicas" resultantes de actividades de importación fraudulentas o inexactas por otros motivos.

⁵²⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 246.

traducido a muchos idiomas y se han proporcionado en esos idiomas por buques de distintas nacionalidades, demuestran que las fábricas de conservas estadounidenses y extranjeras y los buques de pesca estadounidenses y extranjeros que suministran el producto de atún al mercado de los Estados Unidos están informados de la medida estadounidense y adoptan disposiciones para respetarla."⁵²¹

7.314. México proporcionó al Grupo Especial observaciones detalladas sobre la respuesta de los Estados Unidos. Lo esencial de esas observaciones es que "[l]as respuestas de los Estados Unidos a las preguntas 43 y 44 no son sinceras".⁵²²

7.315. Con respecto a las inspecciones en alta mar y en los muelles, México aduce que "esas inspecciones no permiten detectar si se lanzaron redes sobre delfines ni si se dio muerte o se hirió gravemente a delfines durante un lance o un empleo de artes". Según México, "los Estados Unidos no han presentado pruebas que indiquen que cualquier buque de pesca fuera del PTO dispone de un procedimiento para seguir el atún según el vivero en que se almacenó". A juicio de México, esas deficiencias se agravan porque "los Estados Unidos no realizan esas inspecciones en los buques no sometidos a su jurisdicción".⁵²³

7.316. Con respecto a las auditorías de las fábricas de conservas, la opinión de México es que "[l]as pruebas de los Estados Unidos sobre las auditorías de las fábricas de conservas realizadas por el Departamento de Comercio revelan fallos significativos en el sistema estadounidense y confirman los argumentos de México".⁵²⁴ México comienza por recordar que "el Departamento de Comercio únicamente realiza auditorías sobre el cumplimiento de las disposiciones *dolphin safe* en las fábricas de conservas estadounidenses. No efectúa auditorías en las fábricas de conservas extranjeras, las empresas de preparación de lomos extranjeras, las empresas de transporte extranjeras ni las empresas de explotación de buques de pesca extranjeras". Además, México señala que las afirmaciones de los Estados Unidos sobre la posibilidad de realizar auditorías de los importadores, transbordadores, empresas de transformación y distribuidores se expresan en términos de las *facultades* del Departamento de Comercio y, sobre la base de ese lenguaje, llega a la conclusión de que "el Departamento de Comercio no efectúa auditorías periódicas de los importadores, transbordadores, empresas de transformación o distribuidores".⁵²⁵

7.317. México niega también la fiabilidad y la pertinencia de las pruebas documentales estadounidenses relativas a auditorías de fábricas de conservas.

7.318. En lo relativo a la fiabilidad, México señala que en las cuatro pruebas documentales, "los Estados Unidos no proporcionaron una explicación de esos documentos que permita verificar su origen, cuándo se prepararon ni quién los preparó".⁵²⁶

7.319. En lo relativo a la pertinencia, México señala en primer lugar que **[[ICC^{527 528 529}]]**.

7.320. **[[ICC^{530 531}]]**

⁵²¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 248.

⁵²² Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 152.

⁵²³ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 153.

⁵²⁴ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 154.

⁵²⁵ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 155. (subrayado en el original)

⁵²⁶ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 156.

⁵²⁷ Company Traceability Procedure (Estados Unidos - Prueba documental 190) (ICC).

⁵²⁸ Cannery Reference Reports for National Marine Fisheries Service Periodic Audit (Estados Unidos - Prueba documental 191) (ICC).

⁵²⁹ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 158.

⁵³⁰ Cannery Slides on Tuna Trace Systems (Estados Unidos - Prueba documental 189) (ICC).

⁵³¹ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 159.

7.321. [[ICC⁵³²]]

7.322. [[ICC⁵³³ 534]]

7.323. En lo relativo a las comprobaciones aleatorias de productos vendidos al por menor, México aduce que el proceso descrito por los Estados Unidos "solo puede seguir una lata de una tienda minorista estadounidense a una fábrica de conservas estadounidense o un importador estadounidense. Esas comprobaciones no pueden proporcionar más información sobre la fuente del atún y su condición *dolphin safe* que las auditorías superficiales de las fábricas de conservas de los Estados Unidos".⁵³⁵

7.324. Por último, México disiente de la descripción que hacen los Estados Unidos de la "vigilancia de la rama de producción". Según México:

El punto fundamental es la siguiente declaración de los Estados Unidos: "es posible que las propias fábricas de conservas puedan verificar y verifiquen si los buques han mantenido la separación que exige la medida estadounidense y podrían negarse a comprar atún procedente de buques que no hayan cumplido lo dispuesto en la medida modificada". Por lo tanto, los Estados Unidos reconocen que no saben si las fábricas de conservas realizan esas verificaciones o compran atún no *dolphin safe*.⁵³⁶

7.325. México resume su refutación en los siguientes términos:

En resumen, las pruebas demuestran que el sistema de seguimiento y verificación aplicado por los Estados Unidos al atún no procedente del PTO carece de sentido. Las fábricas de conservas estadounidenses pueden seguir el rastro del atún una vez que llega a sus instalaciones en los Estados Unidos, pero no disponen de ningún método para verificar que la información que reciben de los exportadores extranjeros es exacta, tanto en lo que se refiere a la veracidad de la declaración del capitán como en lo relativo a si una declaración corresponde a un envío de atún determinado.⁵³⁷

7.326. Así pues, según México, aunque el atún capturado por grandes buques que pescan en el PTO puede ser rastreado "desde el momento en que es capturado y almacenado en un vivero de un buque de pesca", el sistema que aplica la medida sobre el atún modificada al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO "está limitado a comprobar si las fábricas de conservas estadounidenses tienen los documentos correctos en sus ficheros". A juicio de México, esas comprobaciones "no proporcionan a los consumidores ninguna seguridad de que las etiquetas que llevan los productos de atún no procedentes del PTO son exactas".⁵³⁸

Manera en que el Grupo Especial entiende la cuestión del transbordo

7.327. Nuestro análisis de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes aplicables al atún y los productos de atún se complica más debido a la práctica compleja denominada "transbordo". El "transbordo" se define en la Convención sobre la conservación y ordenación de las poblaciones de peces altamente migratorios del Océano Pacífico Occidental y Central como "la descarga de la totalidad o parte del pescado a bordo de un buque de pesca en

⁵³² Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 159.

⁵³³ Cannery Traceability Flowchart (Estados Unidos - Prueba documental 192) (ICC).

⁵³⁴ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 163.

⁵³⁵ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 164.

⁵³⁶ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 165 (subrayado en el original; no se reproducen las citas internas).

⁵³⁷ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 166.

⁵³⁸ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 167.

otro buque de pesca en alta mar o en puerto".⁵³⁹ Según México, el problema fundamental que plantea el "transbordo" es que es "especialmente vulnerable ante el 'blanqueo de atún', en el que 'embarcaciones negras' pueden efectuar operaciones de pesca ilegales, no autorizadas y no restringidas y a continuación transferir su captura a buques con licencia para su transbordo".⁵⁴⁰

7.328. En su primera comunicación escrita, México señaló que algunos tipos de buques, por ejemplo los buques de cerco que operan en el Océano Pacífico Occidental y Central, tienen prohibido el transbordo, a reserva de determinadas excepciones.⁵⁴¹ México reconoció también que "[s]on necesarios algunos informes para los buques que descargan y los buques de transporte, incluida una declaración de transbordo".⁵⁴² No obstante, México sostiene que "[e]n cualquier caso ... es probable que los observadores no puedan detectar la pesca ilegal, no autorizada y no restringida ni el blanqueo de pescado", y que "los documentos exigidos para el transbordo no se ocupan de las prescripciones *dolphin safe* de los Estados Unidos. No hay ninguna autoridad que sea responsable de supervisar si las certificaciones de los capitanes corresponden a lotes de atún determinados o si el atún se ha mezclado con atún sin certificación en un vivero de almacenamiento".⁵⁴³

7.329. Según México, los riesgos que lleva consigo el transbordo, incluido el "blanqueo de atún", son mucho mayores en el contexto de las ramas de producción de atún que no están integradas de forma vertical -es decir, en las que los productores de productos de atún no poseen sus propias flotas pesqueras que entregan directamente el atún a sus plantas de transformación-, que en las que "la cadena de propiedad del atún capturado ... se mantiene desde el momento de la captura, pasando por la transformación del atún, y hasta la comercialización final de los productos de atún".⁵⁴⁴ A juicio de México, en el contexto de una rama de producción integrada de forma vertical, "la cadena de propiedad del atún capturado ... se mantiene desde el momento de la captura, pasando por la transformación del atún en productos de atún, y hasta la comercialización final de esos productos". Por consiguiente, la probabilidad de "blanqueo de atún" se reduce considerablemente.⁵⁴⁵ México explica que, aunque "los principales productores mexicanos están integrados de forma vertical", "la mayor parte de las grandes empresas productoras de productos de atún en otros países no lo están. Compran el atún a empresas de terceros y, en muchos casos, el atún pasa, por lo menos, por dos partes antes de su transformación". La consecuencia de esto, dice México, es que es más probable que los productos de atún producidos por productores no mexicanos estén hechos de atún que no pueda ser objeto del debido seguimiento y cuya condición *dolphin safe* no pueda, por lo tanto, demostrarse de manera fiable. Cuando varias capturas se unen en el mar, es mucho más difícil garantizar que los certificados de los capitanes correspondan a lotes de atún determinados (y no se asignen incorrectamente a atún no *dolphin safe*) y que el atún *dolphin safe* y el no *dolphin safe* se separen debidamente.⁵⁴⁶

7.330. Las alegaciones de México plantean graves preguntas en relación con la posibilidad de seguir válidamente el rastro del atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO cuando ese atún se transborda en lugar de ser descargado y transferido directamente a una fábrica de conservas desde el buque de pesca. Para explorar esta cuestión con mayor detalle, el Grupo Especial formuló a las partes varias preguntas relativas al transbordo y sus posibles consecuencias.

7.331. En la pregunta 18 b), el Grupo Especial pidió a los Estados Unidos que formularan observaciones sobre la descripción del problema del transbordo por México y que señalaran "[l]os instrumentos que permitían a los Estados Unidos identificar el riesgo de blanqueo de atún y responder a él".

7.332. Los Estados Unidos respondieron detalladamente a esa pregunta. Según ese país, "el argumento de México hace caso omiso de las prescripciones internacionales y nacionales

⁵³⁹ Véase Mark A. McCoy, *A Survey of Tuna Transshipment in Pacific Island Countries: Opportunities for Improving Benefits and Increasing Monitoring* (Gillet, Preston y Asociados, 2012) (México - Prueba documental 75), página 12.

⁵⁴⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafo 166.

⁵⁴¹ Primera comunicación escrita de México, párrafo 167.

⁵⁴² Primera comunicación escrita de México, párrafo 168.

⁵⁴³ Primera comunicación escrita de México, párrafos 169 y 170.

⁵⁴⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafo 159.

⁵⁴⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafo 159.

⁵⁴⁶ Primera comunicación escrita de México, párrafo 170.

interconectadas acerca del transbordo". Efectivamente, a juicio de los Estados Unidos, "[e]l transbordo es una de las actividades más reglamentadas por las organizaciones regionales administradoras de pesquerías y los Estados portuarios".⁵⁴⁷

7.333. Con respecto a la reglamentación internacional, los Estados Unidos señalan que las distintas organizaciones regionales administradoras de pesquerías exigen diversos tipos de declaraciones y avisos anticipados del transbordo. En el caso de la Comisión de Pesca del Pacífico Central y Occidental (WCPFC), por ejemplo, todos los casos de transbordo en un puerto deben ser documentados mediante una "declaración de transbordo", que debe contener información sobre, en particular, el tipo de pescado transbordado, los buques de transporte, la cantidad y el estado del pescado (es decir, congelado o fresco) que ha de transbordarse, la fecha y el lugar del transbordo y la cantidad del producto que ya esté a bordo del buque receptor.⁵⁴⁸ En el caso de la Comisión del Atún para el Océano Índico (CAOI), antes de que se pueda efectuar el transbordo se debe presentar a las autoridades del Estado portuario competentes una notificación previa de la intención de efectuar el transbordo en un puerto. Esta notificación debe contener información sobre los buques de pesca y de transporte, el número de toneladas del producto, los principales terrenos de pesca en que se efectuó la captura y la fecha y el lugar del transbordo que se tiene intención de realizar.⁵⁴⁹

7.334. Los Estados Unidos explican que, además de esas prescripciones basadas en tratados, los Estados portuarios en los que tiene lugar el transbordo imponen prescripciones adicionales para proteger la integridad del proceso. En el caso de la WCPFC, por ejemplo, el transbordo puede tener lugar en uno de cinco puertos designados, y "el procedimiento para el despacho de los buques de pesca y de transporte que llegan al puerto es uniforme en todos" los puertos. Los Estados Unidos explican el proceso del modo siguiente:

Un grupo de representantes de las oficinas gubernamentales competentes sube a bordo de los buques, comprueba sus documentos, realiza inspecciones aduaneras y reúne los documentos pertinentes para el transbordo, incluidos un plano de los viveros en el que se indica el almacenamiento de los peces, el memorándum sobre el viaje en el que figuran los puertos anteriormente visitados y una hoja de información general sobre el buque y la captura. Cuando el buque ha sido despachado, puede iniciarse el transbordo, que es supervisado por el departamento de pesca del gobierno y, periódicamente, por otros organismos encargados de la vigilancia o de hacer cumplir la ley. Las autoridades gubernamentales reúnen la documentación exigida y supervisan una parte o la totalidad del transbordo, que tiene lugar durante 12 a 14 horas diarias durante varios días.⁵⁵⁰

7.335. Con respecto al transbordo en el mar, los Estados Unidos observan que es "objeto de una reglamentación aún más rigurosa que el transbordo en un puerto". El transbordo en el mar está prohibido para los buques de cerco y solo se permite en el caso de los grandes buques palangreros cuando esos buques cuentan con la autorización del país de su pabellón. Con arreglo a los regímenes tanto de la WCPFC como de la CAOI, el transbordo en el mar debe ser supervisado por un observador, cuya función consiste en confirmar que las cantidades de pescado transferidas son compatibles con la Declaración de Transbordo, el cuaderno o los cuadernos de bitácora pertinentes y otra información disponible.⁵⁵¹ Los buques que participan en el transbordo están también obligados a presentar inmediatamente después de este una declaración al Estado de su pabellón y a la organización internacional administradora de pesquerías pertinente.⁵⁵²

⁵⁴⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 103.

⁵⁴⁸ Comisión de Pesca del Pacífico Central y Occidental, "Conservation and Management Measure on the Regulation of Transshipment" (CMM 2009-06, 7-11 de diciembre de 2009) (Estados Unidos - Prueba documental 152); véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 103.

⁵⁴⁹ Comisión del Atún para el Océano Índico, "Resolution 12/05 Establishing a Programme for Transshipment by Large-Scale Fishing Vessels (2012) (Estados Unidos - Prueba documental 138); véase también la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 104.

⁵⁵⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 105. (no se reproducen las citas internas)

⁵⁵¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 106.

⁵⁵² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 106.

7.336. Los Estados Unidos aducen también que, además de la amplia reglamentación nacional e internacional del transbordo, hay fuertes incentivos económicos para que los propios buques de pesca y de transporte supervisen debidamente los transbordos y se aseguren de que todo el atún transbordado pueda ser objeto del debido seguimiento. Según los Estados Unidos, "[l]as fábricas de conservas pueden rechazar el atún por varios motivos (por ejemplo, pescado estropeado o destrozado o de pequeño tamaño). Por consiguiente, cualquier corredor de atún o buque de transporte tiene un incentivo para seguir el rastro de la captura de cada buque, incluso durante el transbordo, a fin de asegurarse de que la fábrica de conservas no acabe pagando pescado que no pueda utilizar".⁵⁵³ Además, a juicio de los Estados Unidos, los Estados portuarios tienen un incentivo económico para supervisar cuidadosamente el transbordo que tiene lugar en sus aguas territoriales, porque "los cálculos de las tarifas se basan con frecuencia en los volúmenes de pescado transbordados, lo cual representa un incentivo para que supervisen el transbordo en el puerto (incluso con independencia del cumplimiento de lo dispuesto por las organizaciones regionales administradores de pesquerías)".⁵⁵⁴

7.337. Por último, los Estados Unidos rechazan también el argumento de México de que los riesgos de blanqueo de atún solo se plantean en el contexto de las ramas de producción de atún que no están integradas de forma vertical. A juicio de los Estados Unidos, "el argumento de México no proporciona ninguna base para su suposición de que sería menos probable que blanquee atún una fábrica de conservas integrada de forma vertical que una de propiedad independiente. La estructura de la propiedad no influye en la motivación para actuar de manera incompatible con las prescripciones nacionales o internacionales".⁵⁵⁵

7.338. A la luz de todo esto, los Estados Unidos instan al Grupo Especial a constatar que "no hay pruebas que indiquen que el blanqueo [de atún] ... está ampliamente difundido de manera que afecte al mercado estadounidense de productos de atún".⁵⁵⁶

7.339. México formuló amplias observaciones sobre la respuesta de los Estados Unidos a esta pregunta.

7.340. México comienza por recordar que el problema de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDR) es real y grave y, de hecho, ha sido incluso reconocido por el Presidente Obama, que en 2014 publicó un memorándum en el que se indicaba, entre otras cosas, que "la pesca INDR sigue socavando la sostenibilidad económica y ambiental de las pesquerías y las poblaciones de peces" y se advertía de que "[l]as pérdidas globales atribuibles al mercado negro de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada se estiman en 10.000-23.000 millones de dólares [EE.UU.] anuales, lo cual disminuye la rentabilidad de los productos del mar legalmente capturados, fomenta las operaciones de tráfico ilegal y reduce las oportunidades económicas de los pescadores legítimos".⁵⁵⁷ México señala que "[l]os Estados Unidos han evitado responder a ese punto".⁵⁵⁸

7.341. México cuestiona también la utilización que hacen los Estados Unidos de la Prueba documental 75 presentada por México en su respuesta a la pregunta del Grupo Especial. Según México, los Estados Unidos han citado ese documento de manera selectiva y, en particular, han hecho caso omiso de las conclusiones fundamentales contenidas en el informe, que figuran a continuación:

El marco jurídico de la reglamentación del transbordo aún se está estableciendo ... si, como prevén algunos, los informes detallados sobre el transbordo desde los buques palangreros en alta mar por parte de los Estados del pabellón son insuficientes, y la cobertura por observadores no tiene como resultado una comprensión significativamente mejor de las capturas en la pesquería, probablemente se harán

⁵⁵³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 108.

⁵⁵⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 107.

⁵⁵⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 109.

⁵⁵⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 110.

⁵⁵⁷ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 79. Véase también la segunda comunicación escrita de México, párrafo 62.

⁵⁵⁸ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 79.

esfuerzos para prohibir el transbordo por buques palangreros en alta mar y se exigirá que todo el transbordo se realice en [zonas económicas exclusivas] o en un puerto.⁵⁵⁹

7.342. A continuación, México afirma que existen "razones para cuestionar la alegación de los Estados Unidos de que hay una amplia supervisión de los transbordos".⁵⁶⁰ Por ejemplo, un informe de la CAOI de 2014 indica que en 2013 más del 26% de los transbordos realizados en alta mar no fue supervisado por un observador.⁵⁶¹ Además, México señala que, incluso cuando están presentes observadores, el grado de supervisión por estos puede ser mínimo. Así, en un informe de la CAOI de 2013 se observó que:

[S]alvo mediante una pregunta directa a los capitanes de los buques de pesca, no parece haber otra manera de determinar si ha habido transferencias, ya que no es posible el examen detallado de los cuadernos de bitácora en el tiempo asignado. Esto exigiría un análisis más detallado de los datos para determinar las tasas medias de captura de los buques, la frecuencia de los transbordos de un buque y el volumen transbordado en cada ocasión.⁵⁶²

7.343. A juicio de México, reduce aún más la fiabilidad de la supervisión de los transbordos por observadores el hecho de que, en 2013, se notificaron muchas discrepancias entre la información proporcionada por observadores y la información obtenida mediante verificaciones posteriores⁵⁶³, así como el hecho de que los procedimientos de supervisión en el caso de determinadas especies de atún parecen ser menos estrictos que los que se aplican a otras especies.⁵⁶⁴

7.344. Por último, lo más importante es que México aduce que:

[L]as pruebas presentadas por los Estados Unidos y México confirman que, incluso cuando los transbordos se supervisan debidamente, los observadores no tienen la función de seguir el rastro del atún *dolphin safe* y no *dolphin safe*, y no existen procedimientos para que los buques de transporte mantengan registros en los que figure el vivero de buque de pesca del que se transfirió el atún. El atún de cualquier especie es un bien fungible y puede mezclarse para su almacenamiento y expedición ... [por lo que] en el caso de los productos de atún no procedentes del PTO, no hay ninguna manera de verificar o confirmar que el certificado otorgado por un capitán corresponde realmente al atún con el que se ha asociado.⁵⁶⁵

7.345. Para comprender mejor cómo se vinculan las certificaciones *dolphin safe* con lotes determinados de atún durante el transbordo, pedimos a las partes que explicaran si "las certificaciones *dolphin safe* siempre siguen a la captura de atún que describen o permanecen con ella" o si esas certificaciones se "asignan en un momento posterior (es decir, algún tiempo después de la captura) a otros lotes de atún que puede no haber sido capturado de manera inocua para los delfines" o pueden asignarse de esa manera.⁵⁶⁶

⁵⁵⁹ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 81 (donde se cita a Mark A. McCoy, *A Survey of Tuna Transshipment in Pacific Island Countries: Opportunities for Improving Benefits and Increasing Monitoring* (Gillet, Preston y asociados, 2012) (México - Prueba documental 75), página 60).

⁵⁶⁰ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 82.

⁵⁶¹ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 82 (donde se cita a la Comisión del Atún para el Océano Índico, "A Summary of the IOTC Regional Observer Programme During 2013" (IOTC-2014-CoC11-04bE, marzo de 2014) (México - Prueba documental 139), página 8).

⁵⁶² Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 83. (donde se cita a la Comisión del Atún para el Océano Índico, Summary of Regional Observer Programme During 2012" (marzo de 2013) (Estados Unidos - Prueba documental 137, página 10).

⁵⁶³ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 84.

⁵⁶⁴ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 85.

⁵⁶⁵ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 18 b) del Grupo Especial, párrafo 87.

⁵⁶⁶ Pregunta 42 del Grupo Especial.

7.346. México declaró que, aunque no conoce ningún caso concreto en que certificaciones *dolphin safe* se hayan vendido de manera que acompañen a un lote de atún no *dolphin safe*, no obstante "el sistema estadounidense permite que las certificaciones se asignen a lotes de atún que puede no haber sido capturado de manera inocua para los delfines".⁵⁶⁷ En particular, México aduce que "la falta de fiabilidad de los procedimientos de seguimiento y verificación hace que sea sencillo asignar el certificado de un capitán a cualquier envío de productos de atún".⁵⁶⁸

7.347. Para apoyar estas alegaciones, México cita un artículo publicado en 2014 en el Journal of Marine Policy, según el cual, "[l]as capturas ilegales y no declaradas representaron del 20% al 32% de los productos capturados en el mar que se importaron en los Estados Unidos en 2011, según lo determinaron estimaciones fiables de las actividades de pesca ilegales y no declaradas, incluidos los casos de incertidumbre sobre dichas actividades. Según ese estudio, "los productos de la pesca ilegal se incorporan con frecuencia a las cadenas de suministro en la fase de transformación"; y, lo cual es crucial:

La falta de rastreabilidad de los productos del mar cuando los suministros se mezclan durante el transbordo en el mar facilita la pesca ilegal de atún en los océanos Índico y Pacífico. En particular, el mercado del atún congelado muestra una tendencia al transbordo y el reabastecimiento en el mar. La importante demanda de atún alienta a los corredores a reunir suministros de distintos orígenes para responder a los pedidos. Como la transparencia en el mar es reducida, incluso los productos que llevan en el paquete una indicación de rastreabilidad pueden muy bien derivar de expediciones mezcladas ... Las actividades ilegales de buques palangreros de pequeño y mediano tamaño y la falsificación de la documentación del atún son también motivo de preocupación.⁵⁶⁹

7.348. En el estudio se declara que, con respecto a la:

[C]adena de suministro de productos del mar, sumamente internacionalizada, que alimenta las importaciones en el mercado de los Estados Unidos y otros mercados importantes ... hay una falta de supervisión, transparencia y responsabilidad en cuanto a las fuentes de los productos. No hay procedimientos de rastreo en sentido inverso que permitan a las empresas evitar la utilización de productos de la pesca ilegal, y productos de pescado ilegales entran en la cadena de suministro en múltiples puntos.⁵⁷⁰

7.349. En él se señala también que:

[U]n volumen importante de pescado se importa en los Estados Unidos pasando primero por uno o varios países intermediarios para su transformación después de la captura y su posterior reexportación. Esos pasos adicionales crean nuevas dificultades en cuanto a la rastreabilidad y permiten que se mezcle pescado obtenido legalmente e ilegalmente, con lo que el pescado ilegal puede ser esencialmente "blanqueado" en los países en que se realiza la transformación y posteriormente entrar en el comercio internacional como producto legal del país exportador.⁵⁷¹

7.350. En su propia respuesta a esta pregunta, los Estados Unidos aducen que México no ha aportado ninguna prueba de que atún y productos de atún que entran en su mercado son resultado del "blanqueo de atún".⁵⁷² En particular, los Estados Unidos sostienen que "[n]o hay un mercado -legal o ilegal- de certificaciones *dolphin safe*. Esas certificaciones no son enajenables ni transferibles. Las etiquetas están específicamente asociadas con cada captura de atún. Los Estados Unidos no tienen ninguna razón para creer que exista un mercado negro de esas

⁵⁶⁷ Respuesta de México a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 120.

⁵⁶⁸ Respuesta de México a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 121.

⁵⁶⁹ Ganapathiraju Pramod y otros, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (México - Prueba documental 131), página 110.

⁵⁷⁰ Ganapathiraju Pramod y otros, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA" 48 *Marine Policy* 102 (2014) (México - Prueba documental 131), página 106.

⁵⁷¹ Ganapathiraju Pramod y otros, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (México - Prueba documental 131), páginas 106 y 107.

⁵⁷² Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de México a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 99; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 227.

certificaciones".⁵⁷³ Por lo tanto, según los Estados Unidos, "la documentación que acredita si el atún es *dolphin safe* o no permanece con el atún". Las fábricas de conservas siguen el rastro de esa documentación y, como se explicó más arriba, "utilizan amplios sistemas de seguimiento ... que permiten que toda la información relacionada con [un] determinado lote de pescado ... se recupere con rapidez en caso de una auditoría del NMSF".⁵⁷⁴

7.351. Los Estados Unidos se refirieron más ampliamente a esta cuestión en sus observaciones sobre la respuesta de México. En ellas expresaron la opinión de que "el problema mundial de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada" no es "pertinente" en esta diferencia.⁵⁷⁵ Además, con respecto al artículo periodístico citado por México, los Estados Unidos explican que "[a]unque ... la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada es un problema mundial ... los Estados Unidos no están de acuerdo con las estadísticas que se ponen de relieve en el estudio, estadísticas basadas en datos sospechosos y no verificables".⁵⁷⁶

Evaluación jurídica

7.352. Comenzamos por reconocer la naturaleza compleja y controvertida de los hechos que se nos han presentado. La estructura y el funcionamiento de la rama internacional de producción de atún se caracterizan por una serie de regímenes reglamentarios nacionales e internacionales que se superponen, así como por prácticas más o menos uniformes en todos los buques, los océanos y las aguas nacionales e internacionales. Como se dice en un estudio examinado por colegas de los autores que presenta México:

La cadena de suministro de productos del mar, sumamente internacionalizada, que alimenta las importaciones en el mercado de los Estados Unidos y otros mercados importantes es una de las cadenas de suministro de productos naturales más complejas y opacas que existen. En ella participan numerosos agentes, desde el pescador al consumidor, incluidos corredores, comerciantes, mayoristas y otros intermediarios, con frecuencia distantes de los mercados de consumo que abastecen.⁵⁷⁷

7.353. Nuestra tarea consiste en determinar, a la luz de todas las cuestiones fácticas arriba examinadas, si los sistemas de seguimiento y verificación aplicados por la medida sobre el atún modificada a las distintas pesquerías modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos.

7.354. A juicio del Grupo Especial, las pruebas presentadas por México parecen indicar que existen tres diferencias fundamentales entre el sistema de seguimiento y verificación que se aplica al atún capturado por grandes buques de cerco dentro del PTO y el que se aplica al resto del atún. Según lo entiende el Grupo Especial, se puede decir que esas diferencias están relacionadas en términos generales con el alcance, la exactitud y el grado de *supervisión gubernamental* de los sistemas de seguimiento y verificación.

7.355. Al hablar de *alcance*, queremos referirnos al punto hasta el que puede rastrearse el atún en sentido inverso. México ha demostrado que el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO puede, de conformidad con las prescripciones en materia de mantenimiento de registros establecidas en el APICD e incorporadas en la medida sobre el atún modificada, seguirse en sentido inverso durante todo el proceso hasta *el lance determinado* en que se capturó el atún y *el vivero determinado en el que fue almacenado*.⁵⁷⁸

⁵⁷³ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 227.

⁵⁷⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 228.

⁵⁷⁵ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de México a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 99.

⁵⁷⁶ Observaciones de los Estados Unidos sobre la respuesta de México a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 103.

⁵⁷⁷ Ganapathiraju Pramod y otros, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (México - Prueba documental 131), página 106.

⁵⁷⁸ Véase APICD, "Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna" (20 de junio de 2001) (México - Prueba documental 36).

7.356. Por el contrario, sobre la base de las pruebas que nos han presentado los Estados Unidos, parece que, fuera del PTO, el atún puede ser rastreado en sentido inverso hasta el *buque* y la expedición en que fue capturado.⁵⁷⁹ Por ejemplo **[[ICC⁵⁸⁰]]**.

7.357. **[[ICC]]**

7.358. **[[ICC⁵⁸¹ 582]]**

7.359. **[[ICC]]**

7.360. Por *exactitud*, entendemos el grado de confianza en que una determinada declaración del capitán (o, cuando sea aplicable, del observador) describe adecuadamente el lote de atún al que se asigna. Las pruebas presentadas por México parecen indicar que los formularios para el seguimiento del atún exigidos en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO acompañan a capturas de atún determinadas durante todo el proceso de pesca y producción, desde el punto en que se captura el atún hasta el punto en que se vende al por menor.⁵⁸³ El formulario debe acompañar a un determinado lote de atún en cada etapa de producción, y, por consiguiente, un lote de atún determinado siempre se puede identificar en principio.

7.361. Por el contrario, lo cual es crucial, **[[ICC]]** Para el Grupo Especial no está clara la manera en que determinados certificados van unidos a lotes de atún determinados hasta el momento en que el atún llega a la fábrica de conservas. Los Estados Unidos afirman que "[l]a documentación que acredita si el atún es o no *dolphin safe* permanece con el atún"⁵⁸⁴, pero no se han proporcionado el Grupo Especial pruebas que indiquen la forma en que esto se garantiza en la práctica. En un lugar de sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial, los Estados Unidos parecen indicar que las fábricas de conservas pueden y deben poseer "registros adecuados que vinculen las certificaciones de los capitanes con los lotes de atún enlatado"⁵⁸⁵, pero la naturaleza de ese mantenimiento de registros o si las fábricas de conservas realmente aplican sistemas suficientes no se deduce claramente de las explicaciones estadounidenses. Los Estados Unidos han dicho que "es posible que las fábricas de conservas ... puedan verificar y verifiquen si los buques han mantenido la separación que exige la medida estadounidense y podrían negarse a comprar atún procedente de buques que no hayan cumplido lo dispuesto en la medida modificada"⁵⁸⁶; pero, a juzgar por la utilización por los Estados Unidos de las palabras "podrían" y "puedan", esto parece ser una especulación, y los Estados Unidos no han presentado pruebas que demuestren que las fábricas de conservas realmente garantizan que el atún que reciben corresponde a una declaración determinada de un capitán.

7.362. A juicio del Grupo Especial, la dificultad que representa garantizar que una determinada certificación corresponde a un lote identificado de atún es agravada por el hecho de que en muchos casos el atún parece pasar por varias partes antes de llegar a una fábrica de conservas estadounidense. **[[ICC]]**. Además, como se señaló más arriba, un estudio recientemente publicado en el *Journal of Marine Policy* constató que "un volumen importante de pescado se importa en los Estados Unidos pasando primero por uno o varios países intermediarios para su

⁵⁷⁹ Señalamos de nuevo que los Estados Unidos han afirmado que, en algunos casos, el código de la lata también puede permitir a las autoridades hacer un rastreo en sentido inverso hasta la declaración conexa del capitán. Como hemos explicado *supra*, en opinión del Grupo Especial las pruebas en que se basan los Estados Unidos en apoyo de este argumento son ambiguas. En particular, al Grupo Especial le desconcierta el hecho de que **[[ICC]]**. Por tanto, el Grupo Especial se abstiene de constatar que las pruebas que tiene ante sí establecen que los códigos de las latas permiten a las autoridades estadounidenses seguir el atún contenido en un producto vendido al por menor en sentido inverso hasta la declaración conexa del capitán.

⁵⁸⁰ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 241.

⁵⁸¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 228.

⁵⁸² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 140.

⁵⁸³ Primera comunicación escrita de México, párrafos 80-93; APICD, "Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna" (20 de junio de 2001) (México - Prueba documental 36); Norma Oficial Mexicana NOM-001-SAG/PESC-2013 (México - Prueba documental 32); Statement of Mario G. Aguilar, Commissioner of Fisheries and Aquaculture (CONAPESCA) (México - Prueba documental 37); y Statement of Mexican Industry (México - Prueba documental 73).

⁵⁸⁴ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 42 del Grupo Especial, párrafo 228.

⁵⁸⁵ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 244.

⁵⁸⁶ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 234.

transformación después de la captura y su posterior reexportación".⁵⁸⁷ Los Estados Unidos no han presentado ninguna prueba que explique la manera en que las fábricas de conservas pueden asegurarse de que las certificaciones de los capitanes permanecen con los lotes de atún que identifican durante todo este proceso.

7.363. Además, no parece que en la medida sobre el atún modificada haya ninguna *prescripción jurídica* adicional o expresa de que las fábricas de conservas estadounidenses se aseguren -o se cercioren de otra manera- en el momento en que reciben un lote de atún o bien de la validez de un certificado *dolphin safe* o de si ese certificado describe efectivamente el lote de atún con el que está asociado. En 50 FCR § 216.93(g)(1) se exige que las fábricas de conservas "mantengan registros", pero no parece haber ninguna prescripción jurídica según la cual las fábricas de conservas tengan que verificar la exactitud de los registros o que en dichos registros efectivamente se describen correctamente los lotes de atún determinados a los que están asignados.

7.364. Por último, por *supervisión gubernamental*, entendemos la medida en que una autoridad nacional, regional o internacional participa en el proceso de seguimiento y verificación. Las pruebas presentadas por México indican que, en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO, la información relativa a cada etapa del proceso de captura y enlatado del atún se proporciona a las autoridades nacionales y regionales, a las que se deben enviar copias de los formularios para el seguimiento del atún y que, por consiguiente, pueden verificar en cualquier etapa del proceso de captura y enlatado si un lote determinado de atún es *dolphin safe*. También se debe notificar a diversas autoridades nacionales y regionales cualquier cambio de propiedad del atún.

7.365. No obstante, en el caso del atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO, las autoridades estadounidenses solo reciben información sobre el origen y los antecedentes del atún de las propias fábricas de conservas de atún estadounidenses, mediante los informes mensuales que esas fábricas están obligadas a presentar⁵⁸⁸, y cuando estas (las autoridades) realizan una auditoría o una comprobación aleatoria; e incluso en ese caso parece que solo pueden verificar que se aplicaron los debidos mecanismos de seguimiento desde el momento en que la fábrica de conservas recibió el atún.⁵⁸⁹ Así pues, parece que los Estados Unidos deben recurrir a las fábricas de conservas para obtener información sobre los movimientos del atún antes de su llegada a la fábrica y que no pueden ir "más allá de los documentos", diríamos, para verificar que una certificación *dolphin safe* determinada describe el lote de atún con el que está asociada. Al parecer, las autoridades estadounidenses no pueden asegurarse de que reciben información que les permitiría seguir los movimientos y la condición *dolphin safe* del atún desde el momento de la captura hasta el punto de entrega a una fábrica de conservas estadounidense.

7.366. Análogamente, cuando se importan productos de atún de fábricas de conservas no estadounidenses, parece que los Estados Unidos recurren a los importadores estadounidenses de los productos de atún para obtener información sobre los movimientos del atún antes de su llegada a un puerto de los Estados Unidos. Al igual que en el caso de las fábricas de conservas estadounidenses, parece que los Estados Unidos no son capaces de seguir directamente los movimientos del atún ni su condición *dolphin safe* desde el momento de la captura hasta el punto de entrega a una fábrica de conservas no estadounidense y el posterior envío a los Estados Unidos, sino que deben basarse únicamente en la documentación proporcionada por el importador.

7.367. La cuestión de la supervisión y el control gubernamentales es en realidad más amplia de lo que se dice en los párrafos anteriores y se refiere al diseño mismo de los distintos sistemas de seguimiento y verificación. Tal como lo entendemos, cada paso del proceso de captura y enlatado del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO está prescrito y puede ser supervisado por organismos nacionales y regionales. En cambio, con respecto al atún capturado en todas las

⁵⁸⁷ Ganapathiraju Pramod y otros, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (México - Prueba documental 131), páginas 106 y 107.

⁵⁸⁸ Dolphin Safe Tuna Labelling Regulations, 50 FCR § 216.93(d) (Estados Unidos - Prueba documental 2).

⁵⁸⁹ Servicio Nacional de Pesca Marítima, "TTVP Verification Components" (20 de marzo de 2014) (Estados Unidos - Prueba documental 222) ("examen de los documentos y registros relativos a los movimientos internos de envíos específicos, desde la recepción hasta el almacenamiento frigorizado, la producción y el acabado del producto en una fábrica de conservas estadounidense").

demás pesquerías, nos parece que los Estados Unidos han, diríamos, delegado la responsabilidad de elaborar sistemas de seguimiento y verificación en la propia rama de producción de atún, incluidas las fábricas de conservas y los importadores, y han decidido participar únicamente como supervisores y sobre una base *ad hoc* mediante el examen de los informes mensuales y la realización de auditorías y comprobaciones aleatorias.

7.368. A juicio del Grupo Especial, no hay nada intrínsecamente problemático desde el punto de vista de las disposiciones de la OMC en el hecho de que los gobiernos deleguen funciones en entidades privadas, incluidas las ramas de producción. No obstante, la delegación en una rama de producción (u otras entidades) no debe tener como resultado la modificación de las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados, y esa delegación debe proporcionar certidumbre y seguridad jurídica. En el presente asunto, aunque no reprochamos a los Estados Unidos que dejen la elaboración de los sistemas de seguimiento y verificación necesarios para garantizar el cumplimiento de la medida sobre el atún modificada a la rama de producción de atún, parece que, al hacerlo, han creado una situación en la que, como alega México, el sistema aplicado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es menos gravoso que el aplicado dentro de esa pesquería y, por lo tanto, modifica las condiciones de competencia en detrimento de México. En particular, creemos que tiene cierto fundamento el argumento de México de que el sistema aplicado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO puede contribuir al etiquetado erróneo del atún capturado en lances u otros empleos de artes en que se dio muerte o se hirió gravemente a delfines. Tal como lo entendemos, los Estados Unidos recurren esencialmente a las propias fábricas de conservas y a otros importadores para garantizar que las prescripciones de la medida sobre el atún modificada, incluida la separación del atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe*, se cumplan debidamente desde el momento de la captura hasta el momento de la entrega a la fábrica de conservas. No obstante, como explicamos más arriba⁵⁹⁰, no hemos visto ninguna prueba que indique que las fábricas de conservas y otros importadores hacen realmente eso y, tal como interpretamos la medida, las fábricas de conservas y otros importadores no están *jurídicamente obligados* a realizar esas comprobaciones.

7.369. El resultado de esta estructura sistémica es que, mientras cada paso del proceso de captura y enlatado en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO es objeto de algún tipo de supervisión gubernamental (incluidas la regional y la internacional), parece haber, como demostró México, "importantes lagunas en la cobertura"⁵⁹¹ del sistema que se aplica al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO. La existencia de esas lagunas indica claramente al Grupo Especial que el sistema de seguimiento y verificación impuesto a las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es significativamente menos gravoso que el que se impone a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.

7.370. A juicio del Grupo Especial, estas tres diferencias demuestran que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia. Demuestran claramente que el sistema aplicado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es significativamente menos gravoso que el aplicado dentro de esa pesquería. En particular, el hecho de que fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO el atún solo tiene que ser rastreable en sentido inverso hasta el buque y la expedición en que fue capturado, y no hasta el vivero en que fue almacenado, **[[ICC⁵⁹²]]** nos indican que el cumplimiento del sistema fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es menos exigente que el impuesto a esa pesquería.

7.371. A juicio del Grupo Especial, el hecho de que los Estados Unidos realicen inspecciones en alta mar, en el muelle y en las fábricas de conservas estadounidenses no es suficiente para refutar la demostración por México de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación impuestas al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO son menos gravosas que las que se imponen al atún capturado dentro de esa pesquería.

⁵⁹⁰ Véase el párrafo 7.363 *supra*.

⁵⁹¹ Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 43 del Grupo Especial, párrafo 172.

⁵⁹² Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 44 del Grupo Especial, párrafo 141; y Cannery Slides on Tuna Trace Systems (Estados Unidos - Prueba documental 189), páginas 1 y 2 (ICC).

7.372. Consideramos también que tiene cierto fundamento el argumento de México de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes pueden hacer más probable que el atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO se etiquete incorrectamente. No obstante, en último término, para que el Grupo Especial llegue a una conclusión definida en cuanto a si el sistema aplicado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO realmente permite el etiquetado incorrecto, necesitaría realizar un análisis técnico detallado del funcionamiento real del sistema. A juicio del Grupo Especial, ese análisis no es necesario para concluir que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. El hecho de que el sistema vigente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es menos gravoso que el que se aplica dentro de esa pesquería es motivo suficiente para constatar que este aspecto de la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial.

7.373. Pasamos ahora a examinar la cuestión del transbordo, porque las partes han argumentado acerca de esa práctica con gran detalle. El Grupo Especial acepta que, como aducen los Estados Unidos y México, el transbordo es una práctica sumamente reglamentada.

7.374. Por ejemplo, la Medida de conservación y administración sobre la reglamentación del transbordo⁵⁹³, que parece establecer el sistema de transbordo de la WCPFC, no menciona la condición *dolphin safe* del atún que se transborda. En su anexo I se enumeran los siguientes elementos de información que deben contener todas las declaraciones de transbordo:

1. Un identificador particular del documento
2. El nombre del buque de pesca y su número de identificación de la WCPFC
3. El nombre del buque de transporte y su número de identificación de la WCPFC
4. El arte de pesca empleado para capturar el pescado
5. El volumen del producto (incluidos la especie y el estado de elaboración) que ha de transbordarse
6. El estado del pescado (fresco o congelado)
7. El volumen de productos secundarios que han de transbordarse
8. La ubicación geográfica de las capturas de poblaciones de peces altamente migratorios
9. La fecha y la ubicación del transbordo
10. Si es aplicable, el nombre y la firma del observador de la WCPFC
11. El volumen del producto que haya ya a bordo del buque receptor y el origen geográfico de ese producto

7.375. Y en su anexo II, que contiene la información que han de notificar anualmente las partes contratantes, se numeran los siguientes puntos:

1. Las cantidades totales, por peso, de las poblaciones de peces altamente migratorios abarcadas por esta medida que fueron transbordadas por buques de pesca de cuyos informes son responsables los Miembros, los no miembros cooperantes y los territorios participantes (CCM), con esas cantidades desglosadas de los modos siguientes:
 - a. descargadas y recibidas;

⁵⁹³ Comisión de Pesca del Océano Pacífico Central y Occidental, "Conservation and Management Measure on the Regulation of Transshipment" (CMM-2009-06, 7-11 de diciembre de 2009) (Estados Unidos - Prueba documental 152).

- b. transbordadas en un puerto, transbordadas en el mar en zonas sometidas a la jurisdicción nacional y transbordadas fuera de las zonas sometidas a la jurisdicción nacional;
 - c. transbordadas dentro de la Zona de la Convención y transbordadas fuera de la Zona de la Convención;
 - d. capturadas dentro de la Zona de la Convención y capturadas fuera de la Zona de la Convención;
 - e. especies;
 - f. formas del producto; y
 - g. arte de pesca utilizada.
2. El número de transbordos de las poblaciones de peces altamente migratorios abarcados por esta medida por buques de pesca que son responsables de los informes, desglosados de los modos siguientes:
- a. descargadas y recibidas;
 - b. trasbordadas en un puerto, transbordadas en el mar en zonas sometidas a la jurisdicción nacional y transbordadas fuera de las zonas sometidas a la jurisdicción nacional;
 - c. transbordadas dentro de la Zona de la Convención y transbordadas fuera de la Zona de la Convención;
 - d. capturadas dentro de la Zona de la Convención y capturadas fuera de la Zona de la Convención; y
 - e. arte de pesca.

7.376. A nuestro juicio, ninguno de estos datos es pertinente para la cuestión de si el atún es *dolphin safe* o de si el atún identificado como *dolphin safe* se mantiene separado del atún no *dolphin safe*. Como puede esperarse sobre la base de estas instrucciones, la declaración de transbordo de la WCPFC⁵⁹⁴ no parece contener ninguna referencia a la condición *dolphin safe* del atún que se transborda. Tampoco parece permitir que se siga el contenido de los diversos viveros cuando pasa del buque de pesca al buque de transporte.

7.377. Otro tanto es cierto, en el caso de la resolución 12/05 de la CAOI sobre el establecimiento de un programa para el transbordo por grandes buques de pesca.⁵⁹⁵ Su sección 4 contiene una subsección titulada "Obligaciones de notificación", que dispone lo siguiente:

Buque de Pesca

12. Para recibir la autorización previa mencionada en el párrafo 11 *supra*, el capitán y/o el propietario del gran buque de pesca de atún con palangre (LSTLV) debe notificar a las autoridades del Estado de su pabellón, por lo menos 24 horas antes del transbordo previsto, la información siguiente:

- a. el nombre del LSTLV y su número en el registro de buques de la CAOI;

⁵⁹⁴ Comisión de Pesca del Océano Pacífico Central y Occidental, "WCPFC Transshipment Declaration" (Estados Unidos - Prueba documental 157).

⁵⁹⁵ Comisión del Atún para el Océano Índico, "Resolution 12/05 Establishing a Programme for Transshipment by Large-Scale Fishing Vessels" (2012) (Estados Unidos - Prueba documental 138).

- b. el nombre del buque de transporte y su número en el registro de buques de transporte de la CAOI autorizados a recibir transbordos en la zona de competencia de la CAOI y el producto que se transbordará;
- c. el tonelaje por producto que se transbordará;
- d. la fecha y la ubicación del transbordo;
- e. La ubicación geográfica de las capturas.
- ...

Buque de transporte receptor

14. Antes de comenzar el transbordo, el capitán del buque de transporte receptor confirmará que el LSTLV de que se trata participa en el programa de la CAOI de supervisión de los transbordos en el mar (que incluye el pago de la tarifa a que se hace referencia en el párrafo 13 del anexo III) y ha obtenido la autorización previa del Estado de su pabellón que se menciona en el párrafo 11. El capitán del buque de transporte receptor no iniciará ese transbordo sin esa confirmación.

15. El capitán del buque de transporte receptor rellenará la declaración de transbordo de la CAOI y la transmitirá a la secretaría de la CAOI y a la parte contratante, la parte no contratante cooperante, la entidad o la entidad de pesca (CPC) del pabellón del LSTLV, junto con el número de su buque en el registro de buques de transporte de la CAOI autorizados a recibir transbordos en la zona de competencia de la CAOI, en un plazo de 24 horas desde la terminación del transbordo.

16. El capitán del buque de transporte receptor transmitirá, 48 horas antes de atracar, una declaración de transbordo de la CAOI, junto con el número de su buque en el registro de buques de transporte de la CAOI autorizados a recibir transbordos en la zona de competencia de la CAOI, a las autoridades competentes del Estado en que atraque el buque.⁵⁹⁶

7.378. Como señalan los Estados Unidos en su argumento, la resolución de la CAOI establece también un programa de observadores. No obstante, incluso si se da por supuesto que ese programa es eficaz, las obligaciones de los observadores no comprenden la comprobación de la condición *dolphin safe* del atún que se transborda, la garantía de que las certificaciones *dolphin safe* permanezcan con el atún que describen ni la verificación de que se mantengan separados el atún *dolphin safe* y el no *dolphin safe*.⁵⁹⁷

7.379. El Grupo Especial ha examinado cuidadosamente las otras tres reglamentaciones internacionales del transbordo presentadas como prueba por los Estados Unidos: la de la Comisión Interamericana del Atún Tropical⁵⁹⁸, la de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico⁵⁹⁹ y la de la Comisión para la Conservación del Atún de Aleta Azul Meridional.⁶⁰⁰ Las obligaciones en ellas previstas en relación con las declaraciones y los observadores son esencialmente las mismas que las examinadas más arriba. En ningún lugar se menciona siquiera la condición *dolphin safe* del atún que se transfiere.

⁵⁹⁶ Estas prescripciones de notificación se aplican a los transbordos en el mar. Las prescripciones de notificación en el caso de los transbordos en un puerto se enumeran en el anexo II y son idénticas en todos los aspectos pertinentes, salvo que la notificación debe efectuarse 48 horas antes en lugar de las 24 que se requieren cuando el transbordo tiene lugar en el mar.

⁵⁹⁷ Véase Comisión del Atún para el Océano Índico, "Resolution 12/05 Establishing a Programme for Transshipment by Large-Scale Fishing Vessels (2012) (Estados Unidos - Prueba documental 138), anexo III.

⁵⁹⁸ Comisión Interamericana del Atún Tropical, "Resolution on Establishing a Programme for Transshipments by Large-Scale Fishing Vessels" (Res. C-08-02 de 2008) (Estados Unidos - Prueba documental 153).

⁵⁹⁹ Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, "Recommendation by ICCAT on a Programme for Transshipment" (Rec. 1206 de 2012) (Estados Unidos - Prueba documental 154).

⁶⁰⁰ Comisión para la Conservación del Atún de Aleta Azul Meridional, "Resolution for Establishing a Program for Transshipment by Large-Scale Fishing Vessels" (adoptada en la 15ª reunión anual, 14-17 de octubre de 2008) (Estados Unidos - Prueba documental 155).

7.380. Por lo tanto, aunque el transbordo es claramente una cuestión que da lugar a una cierta preocupación internacional, en su estado actual la reglamentación del transbordo no comprende la exigencia de que la condición *dolphin safe* del atún sea objeto de verificación o seguimiento.

7.381. El Grupo Especial reconoce que los Estados Unidos no son los únicos responsables de reglamentar o de reformar, si es necesario, los actuales regímenes por los que se rige el transbordo. No obstante, aceptamos el argumento de México de que la práctica del transbordo puede aumentar la probabilidad de que el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO sea etiquetado incorrectamente.⁶⁰¹

7.382. Por lo tanto, concluimos que México ha acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares. El sistema vigente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es menos gravoso que el que se aplica dentro del PTO y puede contribuir a que se etiquete erróneamente el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, aunque no formulamos una constatación definitiva sobre este punto concreto, porque ello exigiría que examináramos otros factores que pueden hacer que el atún se etiquete inexactamente. Queremos dejar claro que esta conclusión no implica la constatación de que el sistema de seguimiento y verificación del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO es, en sí mismo, *infalible* o de que el atún seguido en el marco de ese sistema *nunca* puede ser etiquetado incorrectamente como *dolphin safe*.

7.383. El Grupo Especial pasa ahora a examinar si el trato diferenciado identificado deriva, no obstante, exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.5.2.5.2 La cuestión de si el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima

7.384. Habiendo constatado más arriba que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, el Grupo Especial pasa ahora a examinar si ese efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.5.2.5.2.1 Argumentos de las partes

7.385. Como en el contexto de las prescripciones en materia de certificación diferentes, el argumento central de México sobre las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes es que⁶⁰²:

[L]as prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación en el caso del atún capturado dentro del PTO son amplias y precisas. Sin embargo, las prescripciones y procedimientos para el seguimiento y la verificación del atún capturado fuera del PTO no son fiables y no proporcionan información exacta sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún que contienen ese atún. Así pues, los consumidores estadounidenses no reciben información exacta sobre esos productos de atún y pueden ser inducidos a error o engañados ... A la luz de esto, la diferencia entre las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación que se aplican al atún capturado dentro y fuera del PTO no tiene una conexión racional con los objetivos de la medida sobre el atún modificada.

7.386. Así pues, según México, como "[s]e proporciona información exacta sobre el atún capturado en el PTO pero no sobre el atún capturado en otras pesquerías ... la medida claramente no es imparcial".⁶⁰³

⁶⁰¹ Como se explicó más arriba, no formulamos aquí una constatación definitiva de que el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO estaría, de hecho, etiquetado incorrectamente.

⁶⁰² Primera comunicación escrita de México, párrafo 275.

⁶⁰³ Primera comunicación escrita de México, párrafo 280. Véase también la segunda comunicación escrita de México, párrafo 147.

7.387. Los Estados Unidos instan al Grupo Especial a que rechace los argumentos de México. Según los Estados Unidos:

[L]as prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación que impone la medida impugnada son totalmente imparciales con respecto a los productores mexicanos frente a los productores de atún procedentes de los Estados Unidos y otros Miembros. De hecho, esas prescripciones son totalmente neutrales en cuanto a la nacionalidad del buque y el origen del producto de atún ... En la medida en que las reglamentaciones introducen otras distinciones, no lo hacen entre los Miembros, ni siquiera entre los métodos de pesca de los Miembros sino, más bien, entre el atún capturado por grandes buques de cerco abarcados por el APICD y el atún capturado por todos los demás buques.⁶⁰⁴

7.388. A juicio de los Estados Unidos, "[e]l mero hecho de que la medida estadounidense reconozca las prescripciones del APICD no puede considerarse jurídicamente problemático".⁶⁰⁵ Efectivamente, tal como lo ven los Estados Unidos, "un Miembro no actúa en forma incompatible con sus obligaciones en el marco de la OMC cuando aplica medidas internas que reflejan los acuerdos internacionales de los distintos Miembros (o la falta de esos acuerdos)".⁶⁰⁶ Además, "[e]l hecho de que México pueda considerar que la legislación de los Estados Unidos impone prescripciones y procedimientos insuficientes respecto de los grandes buques de cerco no abarcados por el APICD no viene en absoluto al caso". A juicio de los Estados Unidos:

El análisis de la distinción reglamentaria legítima hecho por el Órgano de Apelación no está destinado a ser un vehículo para todas y cada una de las críticas de la medida impugnada que el reclamante considere oportunas. De hecho, en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC se reconoce que no debe impedirse a ningún Miembro que adopte las medidas necesarias para lograr sus objetivos legítimos a los niveles que considere apropiados ... El hecho de que México considere que el nivel de mantenimiento de registros y verificación que prevé la medida modificada es insuficiente simplemente no es pertinente para la alegación de discriminación formulada por México.⁶⁰⁷

7.5.2.5.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.389. Como hemos hecho anteriormente, comenzamos nuestro análisis actual recordando que, de conformidad con la asignación de la carga de la prueba preconizada por las partes y aceptada por el Grupo Especial, corresponde a México demostrar *prima facie* y en primer término que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes *no* son imparciales porque, por ejemplo, reflejan una discriminación. Únicamente si México demuestra esto se desplazará a los Estados Unidos la carga de demostrar que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes derivan de hecho exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.390. Recordamos también de nuevo que, en nuestra interpretación de la prueba jurídica del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el grado en que un caso determinado de trato perjudicial puede conciliarse con los objetivos que trata de alcanzar una medida impugnada o explicarse por referencia a esos objetivos puede ser una consideración pertinente para la evaluación de si ese trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.391. En la sección precedente de este informe, el Grupo Especial se ocupó con cierto detalle de las pruebas presentadas por ambas partes sobre los sistemas de seguimiento y verificación impuestos por la medida sobre el atún modificada al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO. Concluimos que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes tienen un efecto perjudicial para el atún y los productos de atún mexicanos, incluso porque pueden hacer más probable que el atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco se etiquete incorrectamente como *dolphin safe*. Este etiquetado incorrecto concedería una ventaja competitiva a los productos de atún no mexicanos.

⁶⁰⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 243.

⁶⁰⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 245.

⁶⁰⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 251.

⁶⁰⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 249. (las cursivas figuran en el original)

7.392. Con respecto al segundo nivel del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial constata que México ha 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. Aceptamos *prima facie* el argumento de México de que no existe una relación evidente entre la imposición de una carga más ligera en el caso del atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerdo del PTO y los objetivos de la medida sobre el atún modificada. Por consiguiente, México ha demostrado *prima facie* que el trato perjudicial no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.393. Los Estados Unidos intentan refutar esa demostración de tres maneras: en primer lugar, señalando que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes son neutrales en cuanto al origen; en segundo lugar, aduciendo que la medida sobre el atún modificada simplemente refleja los compromisos internacionales asumidos por México y los Estados Unidos; y en tercer lugar, sosteniendo que los Miembros tienen derecho a lograr sus objetivos legítimos "a los niveles que considere[n] apropiados". Examinamos sucesivamente cada uno de estos argumentos.

7.394. El Grupo Especial comienza por señalar que ha tratado la cuestión de la neutralidad en cuanto al origen en la sección anterior de su informe.⁶⁰⁸ A juicio del Grupo Especial, el hecho de que la medida, según sus propios términos, sea neutral en cuanto al origen no responde a la alegación central de México de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes carecen de imparcialidad porque el efecto perjudicial que causan no puede conciliarse con los objetivos de la medida sobre el atún modificada. Que esa medida no distinga, por lo menos a primera vista, entre el atún capturado por distintos Miembros no explica las razones de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes impongan una carga de cumplimiento más ligera en el caso del atún capturado en lugares distintos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO ni lo justifica de otro modo. No arroja ninguna luz sobre cualquier posible relación entre el efecto perjudicial causado por las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes y los objetivos de la medida.

7.395. En términos simples, la neutralidad en cuanto al origen de la medida no responde al punto de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes son incompatibles con los objetivos que trata de alcanzar la medida sobre el atún modificada. Un reglamento técnico puede muy bien ser neutral en cuanto al origen pero cuando, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, se constata que modifica *de facto* las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados, ese trato perjudicial debe derivar exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Y cuando un reclamante ha acreditado *prima facie* que el efecto perjudicial no puede conciliarse con uno o varios de los objetivos que trata de alcanzar el reglamento técnico impugnado ni puede explicarse sobre la base de esos objetivos, el mero hecho de que el reglamento sea neutral en cuanto al origen no puede evitar que se constate la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo 2.

7.396. Pasamos ahora a examinar la justificación de los Estados Unidos según la cual las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes simplemente reflejan los compromisos internacionales asumidos por los Estados Unidos y México. Hemos tratado este tema más arriba en el contexto de la cuestión de si hay una "relación auténtica" entre la medida sobre el atún modificada y los diversos casos de efecto perjudicial de que se queja México.⁶⁰⁹

7.397. A juicio del Grupo Especial, los argumentos de los Estados Unidos sobre este punto deben rechazarse. Por supuesto, no hay nada incorrecto en que los Estados Unidos legislen o adopten reglamentos para cumplir sus diversas obligaciones internacionales. No obstante, la cuestión que tenemos ante nosotros no es si la medida sobre el atún modificada refleja o aplica con precisión las obligaciones internacionales de los Estados Unidos sino, más bien, si el efecto perjudicial identificado por México deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Al contestar a esta pregunta, el hecho de que los Estados Unidos puedan tener o no tener obligaciones internacionales con respecto a México o a cualquier otro Miembro no es, en nuestra opinión, pertinente. Ello se debe a que no responde a la alegación fundamental de México, a saber, que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes no pueden justificarse sobre la base de los objetivos de la propia medida sobre el atún modificada. Que los Estados

⁶⁰⁸ Véase el párrafo 7.75 *supra*.

⁶⁰⁹ Véanse los párrafos 7.171-7.179 *supra*.

Unidos no estén obligados de conformidad con ningún acuerdo internacional distinto del APICD a aplicar cualquier sistema determinado de seguimiento y verificación no explica ni justifica por qué la medida sobre el atún modificada contiene una distinción reglamentaria cuyo efecto es imponer una carga de cumplimiento considerablemente más ligera en el caso del atún capturado en una pesquería que en el caso del atún capturado en otras. La existencia del APICD puede explicar por qué el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO está sometido a un determinado régimen de seguimiento y verificación, pero no explica por qué el sistema aplicado por los Estados Unidos fuera de esa pesquería es menos gravoso.

7.398. El Grupo Especial tampoco acepta la alegación de los Estados Unidos de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación recogidas en el APICD e incorporadas en la medida sobre el atún modificada son diferentes debido al mayor grado de riesgo para los delfines en el PTO. A nuestro juicio, el mayor riesgo que representan para los delfines los lances sobre delfines en el PTO no explica por qué las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, que por su naturaleza misma están relacionadas con el movimiento del pescado *después del momento de la captura*, son distintas según las pesquerías, en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. Los perfiles de riesgo diferentes en las distintas pesquerías pueden explicar, como constatamos más arriba, las diferencias reglamentarias relativas a los criterios de admisibilidad de los métodos de pesca, así como la necesidad de que haya un observador independiente encargado de la vigilancia y la certificación *durante las propias actividades de pesca e inmediatamente después de ellas*. Pero el seguimiento y la verificación se refieren a lo que ocurre con el atún *después de que ha sido capturado*, cuando va del buque de pesca hasta la venta al por menor. En otros términos, a juicio del grupo especial, el perfil especial de riesgo en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO simplemente no explica ni justifica el hecho de que los mecanismos de seguimiento y verificación posteriores a la captura que se aplican al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO sean significativamente menos gravosos.

7.399. Por último, el Grupo Especial reconoce que todos los Miembros de la OMC tienen derecho a alcanzar sus objetivos legítimos a los niveles que consideren apropiados.⁶¹⁰ Pero ese derecho no se puede ejercer en forma tal que "constituya[] un medio de discriminación arbitrario o injustificado".⁶¹¹ Así pues, aunque, por supuesto, los Estados Unidos tienen libertad para establecer su propio nivel de protección o para intentar alcanzar sus objetivos a un nivel o en un grado que consideren apropiado, esto no los autoriza a modificar las condiciones de competencia en un mercado en detrimento de los productos importados cuando esa modificación no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. A juicio del Grupo Especial, el principio de que los Miembros pueden establecer su propio nivel adecuado de protección no es, por lo tanto, en sí mismo, una respuesta completa a una alegación de que una medida determinada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque concede a los productos importados un trato menos favorable que a los productos nacionales similares o a los productos similares procedentes de otros Miembros. Este principio tampoco puede utilizarse para evitar el examen minucioso de una medida que se alega es incompatible con las disposiciones de la OMC.⁶¹²

7.400. A la luz de lo que antecede, constatamos que los Estados Unidos no han refutado la acreditación *prima facie* por México de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes no derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Los Estados Unidos no han explicado suficientemente *por qué* imponen prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes al atún según la pesquería en que fue capturado y el método de dicha captura. Ninguna de las explicaciones proporcionadas por los Estados Unidos indica una relación entre el trato perjudicial y los objetivos de política que se intenta alcanzar con la medida sobre el atún modificada. Por consiguiente, constatamos que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes conceden a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que a los productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos y

⁶¹⁰ Véase la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 249.

⁶¹¹ Acuerdo OTC, sexto considerando del preámbulo.

⁶¹² Además, y sin desear formular constataciones expresas sobre esta cuestión, el Grupo Especial señala que, en el contexto del Acuerdo OTC, el concepto de "nivel adecuado de protección" solo ha sido mencionado por el Órgano de Apelación en el curso de su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2. Hasta la fecha, el Órgano de Apelación no ha hecho referencia al concepto en un análisis en el marco del párrafo 1 de dicho artículo. La medida en que ese concepto es directamente pertinente para un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 sigue siendo, por lo tanto, una cuestión abierta, pero es una cuestión con respecto a la cual no necesitamos formular una resolución en el presente procedimiento.

de otros Miembros de la OMC, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7.401. El Grupo Especial pone de relieve que, al formular la anterior constatación, no quiere decir que *no pueda haber* una razón de que los Estados Unidos impongan prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes a distintos atunes y productos de atún. Un sistema imparcial de seguimiento y verificación puede perfectamente tener en cuenta las circunstancias diferentes con que se enfrentan distintos atunes cuando pasan del buque de pesca al punto de venta al por menor. En el presente asunto, lo que opina el Grupo Especial es simplemente que, al no existir una explicación suficiente de la manera en que los Estados Unidos pueden verificar los diversos movimientos del atún desde el momento de la captura al momento en que recibe la etiqueta, los Estados Unidos no han refutado la demostración de México de que el sistema actualmente vigente con arreglo a la medida sobre el atún modificada no es imparcial y, por lo tanto, no deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.402. Antes de terminar, señalamos que, si la carga de la prueba se asignara como sugieren algunos de los terceros, nuestra constatación sería la misma. Habiendo constatado que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, pasaríamos a constatar, por las razones arriba explicadas, que los Estados Unidos no han acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes deriven exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

7.6 Alegaciones al amparo del GATT de 1994

7.403. El Grupo Especial procede ahora a examinar las alegaciones de México al amparo del GATT de 1994.

7.6.1 Párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994

7.6.1.1 Prueba jurídica

7.404. El párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 dispone en su parte pertinente lo siguiente:

[C]on respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

7.405. Debe demostrarse la existencia de los siguientes elementos para establecer la incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I:

i) que la medida en litigio esté comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo I; ii) que los productos importados en cuestión sean productos "similares" en el sentido del párrafo 1 del artículo I; iii) que la medida en litigio confiera una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" a un producto originario del territorio de cualquier país; y iv) que la ventaja concedida no se conceda "inmediata" e "incondicionalmente" a los productos "similares" originarios de los territorios de todos los Miembros.⁶¹³

7.406. En las diferencias en el marco de la OMC ha sido escaso el debate sobre los tipos de medidas incluidos en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo I. Tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación han resuelto que el párrafo 1 del artículo I abarca una amplia gama de medidas.

7.407. Con respecto al sentido de la expresión "productos similares", el Grupo Especial señala que ese concepto no se define en el GATT de 1994 y que la jurisprudencia sobre el sentido de esa expresión en el contexto del párrafo 1 del artículo I no es abundante. El concepto se ha examinado

⁶¹³ Informes del Órgano de Apelación, CE - *Productos derivados de las focas*, párrafo 5.86.

con mayor frecuencia en el contexto del artículo III del GATT de 1994. En el contexto de la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 4 de dicho artículo, el Órgano de Apelación ha explicado que la determinación de si los productos son "productos similares" es fundamentalmente una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos.⁶¹⁴

7.408. Además, el Órgano de Apelación ha explicado que, al determinar si los productos son "similares", un grupo especial debe examinar caso por caso todas las características pertinentes de los productos en cuestión, incluidos: i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, es decir, sus características físicas; ii) los usos finales de los productos; iii) los gustos y hábitos del consumidor, más ampliamente denominados percepciones y comportamiento del consumidor con respecto a los productos; y iv) la clasificación arancelaria de los productos.⁶¹⁵

7.409. El Grupo Especial cree que no faltan razones para considerar que las interpretaciones anteriores del concepto de "productos similares" en el sentido del artículo III del GATT de 1994 deben informar nuestra interpretación de ese concepto en el contexto del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.410. Con respecto al tercer elemento -es decir, si la medida en litigio concede una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad"- el Grupo Especial señala que la jurisprudencia ha interpretado ampliamente el término "ventaja[s]". En el asunto *CE - Banano III*, el Grupo Especial consideró que las "ventaja[s]" en el sentido del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 son las ventajas que crean "oportunidades más favorables de importación" o afectan a la relación comercial entre productos similares de distintos orígenes.⁶¹⁶

7.411. En *Canadá - Automóviles*, el Órgano de Apelación aclaró también que los términos del párrafo 1 del artículo I no se refieren a algunas ventajas concedidas "con respecto a" los elementos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo sino a "cualquier ventaja"; y no a algunos productos, sino a "un producto"; ni a los productos similares de algunos otros Miembros, sino a los productos similares originarios de "todos los demás Miembros" o a ellos destinados.⁶¹⁷

7.412. En cuanto al cuarto y último elemento, a saber, la cuestión de si una ventaja se concede "inmediata" e "incondicionalmente" a todo producto similar originario de los territorios de todos los demás Miembros, el Grupo Especial señala que, en diferencias anteriores, han sido escasos los debates sobre el sentido del término "*immediately*" (inmediatamente). El Grupo Especial entiende que el término significa "*whitout delay*" (sin demora), "*at once*" (en el acto) e "*instantly*" (al instante).⁶¹⁸

7.413. El Grupo Especial observa que, en anteriores diferencias, los Grupos Especiales han interpretado el término "incondicionalmente" de distintas maneras. Por ejemplo, en el asunto *Indonesia - Automóviles*, el Grupo Especial resolvió que "incondicionalmente" significa que la ventaja no puede condicionarse a ningún criterio no relacionado con el propio producto importado.⁶¹⁹ En el asunto *Canadá - Automóviles*, el Grupo Especial resolvió que si las condiciones que lleva consigo una ventaja concedida en relación con la importación de un producto infringen el párrafo 1 del artículo I depende de si esas condiciones son discriminatorias con respecto al origen de los productos.⁶²⁰ En el asunto *CE - Preferencias arancelarias*, el Grupo Especial concluyó que tenía que darse al término el sentido corriente que tiene en el párrafo 1 del artículo I, es decir, "*not limited by or subject to any conditions*" (no limitado ni sujeto a ninguna condición).⁶²¹ En el asunto *Colombia - Puertos de entrada*, el Grupo Especial volvió a la interpretación elaborada por el Órgano de Apelación en *Canadá - Automóviles*, es decir, las condiciones a las que está supeditada

⁶¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 99. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Filipinas - Aguardientes*, párrafo 170.

⁶¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, páginas 24 y 25.

⁶¹⁶ Informe del Grupo Especial, *CE - Banano III*, párrafo 7.239.

⁶¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafo 79.

⁶¹⁸ *Shorter Oxford Dictionary*, sexta edición (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 1330.

⁶¹⁹ Informe del Grupo Especial, *Indonesia - Automóviles*, párrafos 14.145 - 14.147.

⁶²⁰ Informe del Grupo Especial, *Canadá - Automóviles*, párrafo 10.29.

⁶²¹ Informe del Grupo Especial, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafo 7.59.

una ventaja otorgada en relación con la importación de un producto infringen el párrafo 1 del artículo I cuando discriminan sobre la base del origen de los productos.⁶²²

7.414. En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación tuvo ocasión de aclarar el sentido de los términos "inmediata" e "incondicionalmente":

De conformidad con el párrafo 1 del artículo I, está prohibido que los Miembros concedan una "ventaja" a los productos importados que no se conceda "inmediata" e "incondicionalmente" a los productos importados similares procedentes de todos los Miembros. Esto significa, a nuestro juicio, que cualquier ventaja concedida por un Miembro a los productos importados debe estar disponible "incondicionalmente", o *sin condiciones*, para los productos importados similares procedentes de todos los Miembros. Sin embargo, puesto que el párrafo 1 del artículo I se ocupa, fundamentalmente, de proteger las expectativas de igualdad de oportunidades de competencia para los productos importados similares procedentes de todos los Miembros, no se puede inferir que el párrafo 1 del artículo I prohíba a los Miembros establecer *cualesquiera* condiciones para la concesión de una "ventaja" en el sentido del párrafo 1 del artículo I. Prohíbe, en cambio, las condiciones que tienen un efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia para los productos importados similares procedentes de *cualquier* miembro. A la inversa, el párrafo 1 del artículo I permite establecer distinciones reglamentarias entre productos importados similares, siempre que el resultado de esas distinciones no sea un efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia para los productos importados similares procedentes de cualquier Miembro.⁶²³

7.415. A juicio del Grupo Especial, este pasaje indica claramente que los beneficios derivados de una medida deben concederse sin más trámite, y sin condiciones, a todos los Miembros de la OMC, salvo cuando las condiciones impuestas no modifiquen las oportunidades de competencia de los productos importados en el mercado pertinente. No obstante, cuando las condiciones *sí* modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados, el mero hecho de que esas condiciones no estén directamente dirigidas contra el origen de los productos importados no puede evitar que se constate una infracción del párrafo 1 del artículo I (aunque ese hecho puede ser pertinente en el contexto de la evaluación de una defensa al amparo del artículo XX).

7.416. Así pues, al determinar si la medida sobre el atún modificada otorga cualquier beneficio ofrecido "inmediata e incondicionalmente" a todos los Miembros, el Grupo Especial considerará, en primer lugar, qué beneficios concede la medida sobre el atún modificada, si es que concede alguno. A continuación, procederá a determinar si el beneficio o los beneficios (si lo(s) hubiere) se concede(n) a todos los Miembros sin condiciones o, si se imponen condiciones, si esas condiciones modifican las oportunidades de competencia en el mercado de los Estados Unidos en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares.

7.6.1.2 Aplicación

7.6.1.2.1 Argumentos de las partes

7.417. México aduce que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. Concretamente, México alega que el acceso a la etiqueta *dolphin safe* es una ventaja, y que esa ventaja no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos de atún similares originarios de los territorios de todos los demás Miembros de la OMC, incluido México.⁶²⁴

7.418. México aduce que, en el contexto de su análisis del "trato no menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ha demostrado que las condiciones y prescripciones establecidas en la medida sobre el atún modificada dan lugar a un efecto perjudicial *de facto* en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos similares en el mercado estadounidense frente a los productos de atún importados similares originarios de otros

⁶²² Informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.366.

⁶²³ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.88. (las cursivas figuran en el original) (no se reproducen las citas internas)

⁶²⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafo 315.

países al negar realmente la ventaja del acceso a la etiqueta *dolphin safe* a los productos de atún de origen mexicano.⁶²⁵

7.419. México señala también que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación constató que la falta de acceso a la ventaja de la etiqueta *dolphin safe* de los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines tenía un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense porque tenía el efecto de negar la admisibilidad de la mayor parte de los productos de atún mexicanos concediéndola al mismo tiempo a la mayor parte de los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros Miembros. A juicio de México, estas constataciones se aplican igualmente a la medida sobre el atún modificada. México aduce que en la medida sobre el atún modificada no hay nada que haya reducido o minimizado el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos importados causado por la distinción reglamentaria establecida en la medida sobre el atún inicial; en cambio, la distinción reglamentaria sigue siendo esencialmente la misma y, como consecuencia, los productos de atún de origen mexicano siguen estando excluidos en la práctica del mercado estadounidense.⁶²⁶

7.420. Los Estados Unidos aducen que México no establece que la medida sobre el atún modificada sea incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.⁶²⁷

7.421. Los Estados Unidos aducen también que la alegación de México al amparo del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 solo se refiere a los criterios de admisibilidad y que México no formula ninguna alegación con respecto a ninguna otra prescripción de la medida modificada, incluidas las relacionadas con la certificación y el seguimiento y la verificación.⁶²⁸

7.422. Los Estados Unidos ponen de relieve que, en lo relativo al acceso a la etiqueta *dolphin safe* ningún producto de atún de un Miembro tiene *derecho* a la etiqueta. Los Estados Unidos explican que para ningún producto (ya sea estadounidense, mexicano o de cualquier otro origen) puede exigirse la etiqueta *dolphin safe* de conformidad con la legislación estadounidense; en lugar de ello, la ventaja está sometida a prescripciones de admisibilidad que todos los productos de atún deben cumplir para tener acceso a la etiqueta. Esas condiciones son: 1) que no se hayan efectuado lances sobre delfines ni se los haya cercado deliberadamente durante la expedición de pesca en la que se capturó el atún; y 2) que no se haya dado muerte ni herido gravemente a ningún delfín en los lances u otros empleos de artes en que se capturó el atún.⁶²⁹

7.423. Además, los Estados Unidos ponen de relieve que el Grupo Especial inicial no formuló ninguna constatación en el marco del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 y que, por consiguiente, "debe realizarse ahora una evaluación objetiva del asunto, a saber, los hechos de la diferencia y las disposiciones pertinentes" en el contexto de esa disposición.⁶³⁰

7.6.1.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.424. El Grupo Especial señala que las partes están de acuerdo en que la medida sobre el atún modificada satisface los tres primeros elementos necesarios para que se constate una incompatibilidad de conformidad con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, es decir, que la medida sobre el atún modificada queda incluida en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo I; que los productos de atún mexicanos y los productos de atún originarios de otros países son productos importados similares en el sentido del párrafo 1 del artículo I; y que el acceso a la etiqueta *dolphin safe* es una "ventaja, favor, privilegio o inmunidad" concedido por la medida sobre el atún modificada en el mercado estadounidense. No obstante, las partes no están de acuerdo con respecto a la aplicación del elemento cuarto y último de la prueba jurídica, es decir, si

⁶²⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafo 315, donde se hace referencia a la sección IV.B.3.a.(2) de la comunicación; y segunda comunicación escrita de México, párrafo 202.

⁶²⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 203.

⁶²⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 277.

⁶²⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 277.

⁶²⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 280.

⁶³⁰ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 133.

la ventaja del acceso a la etiqueta *dolphin safe* se concede "inmediata e incondicionalmente" a los productos similares originarios de los territorios de todos los Miembros de la OMC.⁶³¹

7.425. Antes de continuar, el Grupo Especial recuerda que corresponde a México, en su calidad de parte reclamante, acreditar *prima facie* que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.426. Como se dijo más arriba, el cuarto elemento de la prueba jurídica establecida en el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 exige que un grupo especial determine si se imponen condiciones al acceso de algunos Miembros a una ventaja concedida por una medida. Si el acceso está condicionado, el grupo especial debe proceder a examinar si esas condiciones modifican las oportunidades de competencia de los Miembros reclamantes en el mercado pertinente. Por lo tanto, examinaremos si, como alega México, el acceso a la etiqueta *dolphin safe* está sujeto a condiciones y, en caso afirmativo, si esas condiciones tienen como resultado un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia del atún y los productos de atún mexicanos similares.

7.427. Para comenzar, el Grupo Especial considera que es necesario aclarar el alcance de los elementos de la medida sobre el atún modificada que deben examinarse en el contexto del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. Como señaló más arriba el Grupo Especial, los Estados Unidos aducen que la alegación de México solo se refiere a lo que hemos denominado los criterios de admisibilidad -es decir, a la exclusión *per se* del atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta, y la admisión en principio del atún capturado por todos los demás métodos de pesca, a reserva de determinadas prescripciones-. A juicio de los Estados Unidos, México no ha formulado ninguna alegación con respecto a ninguna otra prescripción de la medida modificada, incluidas las relativas a la certificación y al seguimiento y la verificación.⁶³²

7.428. En sus respuestas a una pregunta del Grupo Especial, México aclaró que sus alegaciones al amparo de los artículos I y III del GATT de 1994 se refieren tanto a los criterios de admisibilidad como a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes impuestas en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. México aduce que la medida sobre el atún modificada es en su totalidad incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y explica que esa incompatibilidad se debe al efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos causado por la distinción reglamentaria pertinente con arreglo a la medida sobre el atún modificada.⁶³³

7.429. En sus observaciones sobre la respuesta de México, los Estados Unidos sostienen que ese país adujo inicialmente que la medida sobre el atún modificada infringe lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 únicamente con respecto a los criterios de admisibilidad y no con respecto a las prescripciones en materia de certificación o de seguimiento y verificación diferentes. A juicio de los Estados Unidos, la respuesta de México a la pregunta del Grupo Especial altera el argumento de ese país al aducir que su alegación no está limitada al "acceso" a la etiqueta sino que, más bien, abarca las supuestas prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes impuestas en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Los Estados Unidos aducen que, pese a haber ampliado su alegación, México no ha realizado un ajuste similar en sus pruebas y, por consiguiente, no demuestra sus alegaciones.⁶³⁴

7.430. El Grupo Especial señala que, en su primera comunicación escrita, México explica que su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo I se refiere a las "diferencias en las condiciones y prescripciones de etiquetado".⁶³⁵ El Grupo Especial considera que la respuesta de México a la pregunta del Grupo Especial aclara el alcance de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 al *confirmar* que se refiere no solo a la no admisibilidad del atún capturado mediante lances sobre delfines al acceso a la etiqueta sino también a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes que, a juicio de México, son

⁶³¹ Primera comunicación escrita de México, párrafos 310-314, donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 233-235; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 279.

⁶³² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 277.

⁶³³ Respuesta de México a la pregunta 9 del Grupo Especial, párrafos 35 y 36.

⁶³⁴ Observaciones de los Estados Unidos sobre las respuestas de México, párrafos 25 y 26.

⁶³⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafo 313; y segunda comunicación escrita de México, párrafo 203.

"condiciones" adicionales cuya aplicación al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO significa que el beneficio del acceso a la etiqueta no se concede "incondicionalmente" a los productos de atún mexicanos, como exige el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.⁶³⁶ Por lo tanto, aplicando un enfoque similar al que aplicó en su análisis anterior en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial examinará las tres diferencias reglamentarias en las condiciones y prescripciones de etiquetado identificadas por México: En primer lugar, los criterios de admisibilidad; en segundo lugar, las prescripciones en materia de certificación diferentes; y en tercer lugar, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes.

7.431. Los Estados Unidos ponen de relieve que el texto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es distinto del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, y que el primero de esos párrafos exige una indagación distinta.⁶³⁷ A juicio del Grupo Especial, esto plantea la cuestión de si es apropiado que el Grupo Especial se base en las constataciones fácticas efectuadas en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el contexto de su análisis de las alegaciones de México al amparo del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.432. El Órgano de Apelación ha determinado que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 prevén criterios jurídicos distintos.⁶³⁸ No obstante, tal como lo entiende el Grupo Especial, la diferencia fundamental entre esas dos disposiciones es que, mientras el párrafo 1 del artículo I exige *únicamente* un análisis de si las condiciones que lleva consigo una ventaja tienen un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados en el mercado pertinente, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige un examen *adicional* de si cualquier efecto perjudicial deriva, no obstante, exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.⁶³⁹ Este segundo elemento no está presente en la prueba jurídica del párrafo 1 del artículo I, y, por consiguiente, como ha dicho el Órgano de Apelación, no es apropiado confundir ambas disposiciones.

7.433. Dicho esto, señalamos que la manera en que el párrafo 1 del artículo I se centra en la cuestión de si las condiciones impuestas al acceso a una ventaja modifican las condiciones de competencia en detrimento de los productos similares importados es similar a la primera parte del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que análogamente considera el efecto de una medida en las oportunidades de competencia de los productos importados. A la luz de esta similitud, el Grupo Especial cree que es apropiado tener en cuenta las constataciones fácticas que efectuó en el contexto de la primera parte de su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC al examinar las alegaciones de México al amparo del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.434. El Grupo Especial señala también que México se remite a sus alegaciones fácticas al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC para respaldar su argumento en el marco del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.⁶⁴⁰ No creemos que exista ninguna razón de que las constataciones fácticas efectuadas en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no puedan ser pertinentes en el marco del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 cuando, como ocurre aquí, las alegaciones fácticas sobre cuya base se establece la existencia de una infracción de ambas disposiciones son esencialmente las mismas. Aunque el alcance jurídico de esas constataciones fácticas puede cambiar según los términos de la disposición examinada, no hay ninguna razón para que las propias constataciones fácticas cambien. Efectivamente, a nuestro juicio, un grupo especial que haya llegado a conclusiones fácticas diferentes en distintas partes de su informe sobre la base de las mismas alegaciones fácticas puede no estar haciendo una "evaluación objetiva" del asunto, como exige el artículo 11 del ESD.

⁶³⁶ Respuesta de México a la pregunta 10 del Grupo Especial, párrafos 37-39.

⁶³⁷ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 133.

⁶³⁸ Informes del Órgano de Apelación, CE - *Productos derivados de las focas*, párrafo 5.94.

⁶³⁹ Informes del Órgano de Apelación, CE - *Productos derivados de las focas*, párrafo 5.93.

⁶⁴⁰ Véase la segunda comunicación escrita de México, párrafo 202.

7.6.1.2.2.1 La cuestión de si los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes son "condiciones" a los efectos del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994

7.435. La primera cuestión que debe tratar el Grupo Especial es si los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes son "condiciones" en el sentido del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. Dicho de otro modo, necesitamos determinar si esos criterios y prescripciones "condicionan" el acceso de México al beneficio de la etiqueta *dolphin safe*, que, como constatamos más arriba, goza de una ventaja comercial en el mercado estadounidense de atún. Esto es así porque, como dejó claro el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*, el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 no se ocupa de la cuestión de si una *medida en su totalidad* modifica las condiciones de competencia; en lugar de ello, "el criterio jurídico del párrafo 1 del artículo I ... se expresa por medio de una obligación de conceder *cualquier* 'ventaja' concedida por un Miembro a *cualquier* producto originario de *cualquier* otro país o destinado a él 'inmediata e incondicionalmente' a todo 'producto similar' originario de todos los demás Miembros o a ellos destinado".⁶⁴¹ El centro de nuestro análisis es, pues, la existencia de *condiciones* que limitan el acceso de los productos importados procedentes de algunos Miembros a un beneficio concedido por una medida o lo afectan de otra manera.

7.436. Comenzamos por señalar que las partes parecen abrigar opiniones diferentes en cuanto al tipo de condición que es pertinente en el marco del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. México parece creer que el párrafo 1 del artículo I se refiere a la imposición de *cualesquiera* condiciones al acceso a un beneficio, incluso si esas condiciones se aplican a todos los Miembros de la OMC de manera aparentemente no discriminatoria. Para México, la única cuestión que debe decidir el Grupo Especial es si las condiciones realmente impuestas al acceso a un beneficio "tienen un efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia para los productos importados similares procedentes de *cualquier* Miembro".⁶⁴²

7.437. En cambio, la posición de los Estados Unidos parece ser que el párrafo 1 del artículo I no se refiere a las condiciones que son uniformes e imparciales y que no se aplican sobre la base de la nacionalidad.⁶⁴³ Así pues, en el contexto de la presente diferencia, los Estados Unidos aducen que, aunque la medida sobre el atún modificada establece condiciones que deben cumplirse antes de que conceda el acceso a la etiqueta *dolphin safe*, "[l]os criterios de admisibilidad -y, por lo tanto, la *oportunidad* de tener acceso a la etiqueta- son los mismos para todos".⁶⁴⁴ Por consiguiente, las condiciones no alteran en modo alguno la "igualdad de las oportunidades de competencia para los productos importados similares".⁶⁴⁵

7.438. A juicio del Grupo Especial, es evidente que el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 permite, por lo menos en principio, que las ventajas se supediten a la satisfacción de determinados criterios. Uno de esos criterios es la similitud de los productos: conceder una determinada ventaja únicamente a los productos "similares" claramente no infringiría la disposición. Además, como de conformidad con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 solo se prohíben las condiciones que alteran la igualdad de oportunidades de competencia, la imposición de condiciones neutrales que se apliquen igualmente a todos los productos similares puede ser compatible con el párrafo 1 del artículo I. Constatar que *cualquier* condición del acceso a un beneficio infringe necesaria y automáticamente el párrafo 1 del artículo I no sería compatible con el objetivo general de la disposición, que es "prohibir las medidas *discriminatorias*".⁶⁴⁶

7.439. No obstante, a nuestro juicio, el hecho de que las condiciones del acceso a una ventaja sean aparentemente no discriminatorias no es una respuesta completa a una alegación de que determinadas condiciones alteran las oportunidades de competencia de los productos importados, ya que esas condiciones pueden tener, no obstante, un efecto *de facto* en la igualdad de la

⁶⁴¹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.81. (las cursivas y las comillas figuran en el original)

⁶⁴² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 200. (las cursivas figuran en el original) (no se reproducen las citas internas)

⁶⁴³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 283.

⁶⁴⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 288.

⁶⁴⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 281.

⁶⁴⁶ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.82. (sin cursivas en el original)

competencia. Así pues, aunque la mera existencia de condiciones neutrales aplicables a todos los productos similares no da lugar, *por sí misma*, a una infracción automática del párrafo 1 del artículo I, tampoco impide que un grupo especial analice cuidadosamente las condiciones y otras circunstancias pertinentes para determinar si las condiciones tienen un efecto perjudicial *de facto* en las oportunidades de competencia de algunos productos importados similares.

7.440. Así pues, el mero hecho de que "los criterios de admisibilidad ... sean los mismos para todos" no significa que sean automáticamente compatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. En lugar de ello, debemos examinar si, incluso pese a su aplicación general, modifican la igualdad de las oportunidades de competencia en detrimento de algunos productos importados similares.

7.441. El Grupo Especial señala también que, aunque los criterios de admisibilidad se aplican a todos los productos de atún importados (y añadiríamos a los nacionales), las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes imponen explícitamente condiciones distintas al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO. Ese atún debe cumplir prescripciones documentales (es decir, de certificación y de seguimiento y verificación) adicionales antes de poder tener acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Esas condiciones *no* se aplican "a todos". Por consiguiente, aunque pueden no infringir el párrafo 1 del artículo I si "el resultado de esas distinciones no [es] un efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia para los productos importados similares" procedentes de México⁶⁴⁷, nos parece que son evidentemente el tipo de "condiciones" que deben evaluarse en el marco del párrafo 1 del artículo I.

7.442. Por lo tanto, el Grupo Especial constata que los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes son "condiciones" impuestas al acceso a la etiqueta *dolphin safe*. La ventaja del acceso a la etiqueta no se concede, pues, "incondicionalmente". Sin embargo, no acaba aquí nuestra indagación. En lugar de ello, procedemos ahora a examinar si las condiciones modifican la igualdad de las oportunidades de competencia de los productos similares procedentes de cualquier Miembro.

7.6.1.2.2.2 La cuestión de si los criterios de admisibilidad modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos

7.443. El Grupo Especial recuerda que, en el procedimiento inicial, el Grupo Especial constató que, como hay una "demanda limitada de productos de atún no *dolphin safe*" en el mercado de los Estados Unidos⁶⁴⁸ y como el "único medio de reivindicar la inocuidad para los delfines" es mediante la etiqueta *dolphin safe* regulada por la medida sobre el atún⁶⁴⁹, "a los productos que reúnen los requisitos para llevar la etiqueta las medidas les otorgan una ventaja".⁶⁵⁰ El Grupo Especial concluyó que el acceso a la etiqueta "tiene un valor comercial significativo en el mercado estadounidense de productos de atún"⁶⁵¹ y que la denegación de ese acceso podía poner "a los productos de atún mexicanos en una desventaja en el mercado de los Estados Unidos".⁶⁵² Los Estados Unidos no cuestionaron esa constatación en la apelación.⁶⁵³ Aunque el Grupo Especial inicial constató que el efecto comercial perjudicial de la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines era "principalmente el resultado de 'factores o circunstancias que no guardan relación con el origen extranjero del producto', incluidas las opciones elegidas por la propia flota pesquera y las fábricas de productos enlatados de México"⁶⁵⁴ y, por lo tanto, no era atribuible a la medida sobre el atún, el Órgano de Apelación revocó esa constatación y resolvió que "lo que ha modificado las condiciones de competencia en el mercado en perjuicio de los productos de atún mexicanos es la actuación gubernamental en forma de adopción y aplicación de las disposiciones

⁶⁴⁷ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.88.

⁶⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.286.

⁶⁴⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.289.

⁶⁵⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.287.

⁶⁵¹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.289.

⁶⁵² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.284.

⁶⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 233.

⁶⁵⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.378. El Grupo Especial había constatado anteriormente en el párrafo 7.377 que las medidas en cuestión "al aplicar la misma prescripción neutral con respecto al origen a todos los productos de atún, no discriminan intrínsecamente sobre la base del origen de los productos, y que tampoco hace[...] que sea imposible que los productos de atún mexicanos satisfagan esa prescripción".

de los Estados Unidos sobre el etiquetado '*dolphin safe*'.⁶⁵⁵ El Órgano de Apelación concluyó en consecuencia que "el hecho de que los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines no puedan tener acceso a la etiqueta '*dolphin safe*' tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense".⁶⁵⁶ El Órgano de Apelación concluyó además que "lo que modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos es la medida en litigio".⁶⁵⁷

7.444. En el contexto de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, México aduce que "[l]as características del mercado pertinente siguen siendo las mismas" que prevalecían cuando se decidió el asunto inicial.⁶⁵⁸ Según México, "prácticamente toda la flota que pesca atún con redes de cerco sigue pescando en el PTO mediante lances sobre delfines y, por lo tanto, pescando atún que no reuniría las condiciones para ser incluido en un producto de atún *dolphin safe* con arreglo a la medida sobre el atún modificada".⁶⁵⁹ Y como "los minoristas y los consumidores estadounidenses son sensibles a la cuestión de la inocuidad para los delfines, y los productos de atún etiquetados como '*dolphin safe*' tienen una ventaja en el mercado"⁶⁶⁰, México sostiene que sus productos de atún "siguen siendo excluidos en la práctica del mercado estadounidense"⁶⁶¹, lo cual "tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense".⁶⁶²

7.445. México opone la situación con que se enfrentan su propio atún y sus propios productos de atún con aquella a la que se enfrentan los productos de atún preparados con atún capturado por los Estados Unidos y otros Miembros de la OMC. México explica que "[l]a flota atunera estadounidense sigue sin pescar en el PTO" y que las flotas de pesca de otros Miembros de la OMC actúan en océanos distintos (es decir, no actúan en el PTO) o dentro del PTO pero utilizando métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines. Por consiguiente, México concluye que "prácticamente todo el atún capturado por buques estadounidenses"⁶⁶³ y "la mayor parte de los productos de atún procedentes de otros países"⁶⁶⁴ reúnen potencialmente las condiciones para la etiqueta"⁶⁶⁵, mientras que "la mayor parte del atún capturado por los buques mexicanos ... no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en producto inocuo para los delfines".⁶⁶⁶

7.446. El Grupo Especial recuerda también que, en el contexto de la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los Estados Unidos no negaron que la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe* tenía como resultado un trato perjudicial *de facto* del atún y los productos de atún mexicanos y tampoco presentaron pruebas que pudieran poner en duda esa constatación.⁶⁶⁷

7.447. A juicio del Grupo Especial, al negar el acceso a la etiqueta *dolphin safe* al atún capturado mediante lances sobre delfines, la medida sobre el atún modificada tiene el efecto de denegar a

⁶⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 239.

⁶⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 235.

⁶⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 240. El Órgano de Apelación explicó que, a su juicio, "el hecho de que el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos pueda conllevar algún elemento de opción privada no exime a los Estados Unidos de responsabilidad en virtud del Acuerdo OTC cuando la medida que han adoptado modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos": párrafo 239 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 146).

⁶⁵⁸ Primera comunicación escrita de México, párrafo 224.

⁶⁵⁹ Primera comunicación escrita de México, párrafo 227.

⁶⁶⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafo 225.

⁶⁶¹ Primera comunicación escrita de México, párrafo 231.

⁶⁶² Primera comunicación escrita de México, párrafo 226. Para apoyar estas afirmaciones, México ha proporcionado declaraciones de productores de atún mexicanos que testifican acerca de los efectos de la medida sobre el atún en las oportunidades de competencia del atún mexicano en el mercado de los Estados Unidos: Declaraciones en nombre de productores mexicanos (México - Pruebas documentales 89-A, 89-B y 89-C) (ICC).

⁶⁶³ Primera comunicación escrita de México, párrafo 227.

⁶⁶⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafo 232.

⁶⁶⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafo 227.

⁶⁶⁶ Primera comunicación escrita de México, párrafo 227.

⁶⁶⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 215 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 234 y 235).

cierto atún y ciertos productos de atún una valiosa ventaja comercial (es decir, el acceso a la etiqueta *dolphin safe*). Y como, según coinciden las partes y según constató el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial, el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO y en otras pesquerías y los productos hechos con ese atún son "similares", la consecuencia clara y necesaria de esta constatación es que la medida sobre el atún modificada *no* concede inmediata e incondicionalmente a todos los productos similares el beneficio que representa el régimen estadounidense del etiquetado *dolphin safe*. Por consiguiente, es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.448. Antes de terminar, el Grupo Especial debe ocuparse del argumento de los Estados Unidos de que, en lo relativo al acceso a la etiqueta *dolphin safe*, ningún producto de atún de un Miembro tiene *derecho* a la etiqueta. Los Estados Unidos sostienen que para ningún producto (ya sea estadounidense, mexicano o de cualquier otro origen) *puede exigirse* la etiqueta *dolphin safe* de conformidad con la legislación estadounidense; en lugar de ello, la ventaja está sometida a prescripciones de admisibilidad neutrales con respecto al origen que todos los productos de atún deben cumplir para tener acceso a la etiqueta en forma compatible con la legislación estadounidense.⁶⁶⁸ Según los Estados Unidos, nada impide a las fábricas de conservas mexicanas o los buques mexicanos producir productos de atún que reúnan las condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*. Efectivamente, otros países que pescan en el PTO y que se encontraban en la misma situación que México cuando se aprobó la DPCIA han optado por hacerlo.⁶⁶⁹

7.449. El argumento de los Estados Unidos no convence al Grupo Especial. El Grupo Especial señala que el Órgano de Apelación constató en el procedimiento inicial, en el contexto de su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que si una medida se ajusta a la prescripción del "trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo 2 no depende de si los productos podrían de algún modo tener acceso a una ventaja, por ejemplo cumpliendo todas las condiciones aplicables. Más bien, para determinar si se da a los productos importados un "trato menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es preciso analizar si la medida impugnada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados. El Órgano de Apelación explicó además que el hecho de que un reclamante pudiera cumplir o hubiera podido cumplir las condiciones impuestas por una medida impugnada no significa que esa medida sea compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁶⁷⁰

7.450. A nuestro juicio, se aplica el mismo razonamiento con igual fuerza en el contexto del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. Cuando se constata que una condición a la que está supeditada una ventaja modifica de manera perjudicial las oportunidades de competencia de los productos similares importados, el hecho de que el Miembro que está en situación de desventaja podría modificar sus prácticas para ajustarse a la condición en cuestión no modifica en modo alguno el hecho de que la condición ha alterado la igualdad de competencia que protege el párrafo 1 del artículo I. Tal como lo entendemos, el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, al igual que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, trata de las condiciones de competencia tal como son y no tal como podrían ser si el Miembro cuyos productos similares han sufrido un efecto perjudicial modificara de algún modo sus prácticas. Por consiguiente, el hecho de que un Miembro podría modificar sus prácticas para asegurarse de que sus productos similares se ajusten a las condiciones pertinentes y de ese modo tengan acceso al beneficio no reduce la responsabilidad de un Miembro por el mantenimiento de una medida que es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.451. A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial concluye que los criterios de admisibilidad modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.452. Mientras en un análisis realizado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, un grupo especial está obligado a dar un paso más y evaluar y determinar si el efecto perjudicial

⁶⁶⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 280.

⁶⁶⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 132.

⁶⁷⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 221.

deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, ese paso adicional no es necesario en el contexto del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.⁶⁷¹

7.6.1.2.2.3 La cuestión de si las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos

7.453. México se basa esencialmente en su argumentación en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC para establecer que, en la medida en que impone prescripciones en materia de certificación diferentes al atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por una parte, y al capturado en otras pesquerías, por otra, la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.⁶⁷²

7.454. En su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial constató que las prescripciones en materia de certificación diferentes modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. Las condiciones diferentes imponen una carga más ligera, en lo relativo a la demostración del cumplimiento de las condiciones pertinentes y, por consiguiente, al acceso a la etiqueta *dolphin safe*, al atún capturado por grandes buques de cerco fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los productos de atún hechos con ese atún que al atún capturado dentro de esa pesquería y los productos de atún hechos con ese atún. El Grupo Especial consideró también válida la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes pueden hacer que sea más fácil que el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y los productos de atún hechos con ese atún sean etiquetados erróneamente⁶⁷³, aunque no consideró necesario formular una constatación definitiva sobre ese punto.

7.455. En el contexto del presente análisis, el Grupo Especial considera que el hecho de que el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO deba ir acompañado por dos certificaciones, incluida una de un observador, mientras que el pescado capturado por otros métodos solo debe ir acompañado por una certificación (de un capitán), indica de manera convincente, por sí mismo, que la medida sobre el atún modificada impone determinadas condiciones al acceso a la etiqueta *dolphin safe* únicamente de *algunos* productos de atún, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo I. Efectivamente, es difícil concebir cómo una medida que impone una condición determinada a algunos productos similares y condiciones adicionales, más pesadas o más gravosas, a otros productos similares puede considerarse no discriminatoria en el sentido del párrafo 1 del artículo I. Teniendo presentes los considerables gastos que llevan consigo las certificaciones de observadores, nos parece evidente que la prescripción de certificación por un observador representa una "condición" adicional que modifica en forma perjudicial las oportunidades de competencia del atún y los productos de atún similares. En la medida en que el hecho de que no se exija una certificación de un observador fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO puede hacer también más fácil que el atún capturado en esas pesquerías se etiquete incorrectamente -cuestión sobre la que no nos pronunciaremos definitivamente- la condición adicional de una certificación de un observador alteraría aún más la igualdad de las oportunidades de competencia entre el atún y los productos de atún similares.

7.456. En resumen, constatamos que, en la medida en que exige la cobertura por observadores en el caso de los buques de cerco en el PTO y no exige esa cobertura en el caso de otros buques que actúan en el PTO y en otras pesquerías, la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I.

7.6.1.2.2.4 La cuestión de si las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos

7.457. México se basa esencialmente en su argumento en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC para establecer que, en tanto en cuanto impone prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO y al

⁶⁷¹ Véanse los Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.117.

⁶⁷² Véase la segunda comunicación escrita de México, párrafos 202 y 204.

⁶⁷³ Véanse los párrafos 7.168-7.170 *supra*.

atún no capturado de esa manera, la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.⁶⁷⁴

7.458. El Grupo Especial recuerda que, en el contexto de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, México no adujo que la diferencia en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación en sí mismas impide que el atún mexicano tenga acceso a la etiqueta *dolphin safe*. En lugar de ello, a juicio de México, la "inexistencia de suficientes prescripciones en materia de ... mantenimiento de registros [y] verificación ... aplicables al atún utilizado para producir los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países significa que los productos de atún mexicanos están perdiendo oportunidades de competencia frente a productos de atún que pueden etiquetarse erróneamente como *dolphin safe*".⁶⁷⁵

7.459. En respuesta, los Estados Unidos adujeron que no existe una relación causal entre el efecto perjudicial y las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y de seguimiento y verificación diferentes.⁶⁷⁶

7.460. Los Estados Unidos alegaron también que, aunque la alegación de México se basa en la tesis de que "los productores se encuentran en situación de desventaja frente a sus competidores no pertenecientes al APICD en la medida en que se permite a esos competidores que designen erróneamente sus productos de atún como '*dolphin safe*' ... mientras que los productores mexicanos, debido a las rigurosas prescripciones en materia de mantenimiento de registros del APICD, no pueden cometer un fraude de ese nivel", México no había presentado *ninguna* prueba para respaldar la afirmación de que el Gobierno y los ciudadanos de los Estados Unidos han sido objeto de fraude a escala de toda la rama de producción durante los dos últimos decenios.⁶⁷⁷

7.461. Por último, los Estados Unidos adujeron que la distinción de que se queja México es "creada por el APICD y no por la medida estadounidense. Efectivamente, si los Estados Unidos eliminaran todas las referencias al APICD (y sus prescripciones) de la medida modificada, la distinción reglamentaria que critica México seguiría existiendo".⁶⁷⁸

7.462. En su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial rechazó los argumentos de los Estados Unidos. Constató que, aunque es cierto que "[l]o que exige la legislación estadounidense es que los productores mexicanos proporcionen formularios 370 en los que conste el número de seguimiento exigido por el APICD", y que "[l]as prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación propiamente dichas de que se queja México figuran en el APICD"⁶⁷⁹, es verdad, no obstante, que, al incorporar esas prescripciones del APICD en la medida sobre el atún, la propia medida sobre el atún crea una distinción reglamentaria que condiciona el acceso a la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos a criterios diferentes según el lugar y la manera en que se capturó el atún.⁶⁸⁰

7.463. Después de examinar todas las pruebas que se le habían presentado, el Grupo Especial concluyó en último término que el sistema vigente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es menos gravoso que el sistema aplicado dentro de esa pesquería y, por lo tanto, modifica las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos. El Grupo Especial consideró también válido el argumento de México de que el sistema vigente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO puede contribuir al etiquetado erróneo del atún capturado en lances u otros empleos de artes en que se dio muerte o se hirió gravemente a delfines⁶⁸¹, aunque no consideró necesario formular una constatación definitiva sobre ese punto.

⁶⁷⁴ Véase la segunda comunicación escrita de México, párrafos 202 y 204.

⁶⁷⁵ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 117.

⁶⁷⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 223.

⁶⁷⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 247; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 96.

⁶⁷⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 244.

⁶⁷⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 98.

⁶⁸⁰ Véanse los párrafos 7.171-7.179 *supra*.

⁶⁸¹ Véase el párrafo 7.382 *supra*. Como señaló más arriba el Grupo Especial, no necesita formular una determinación definitiva de si el sistema vigente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO contribuye, en todos los casos, a un etiquetado erróneo. Esa determinación exigiría un examen detallado de los diversos factores que pueden contribuir también a la posibilidad de etiquetado erróneo. A juicio del Grupo

7.464. A juicio del Grupo Especial, esas constataciones fácticas conducen a la conclusión de que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. En tanto en cuanto la diferencia en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes impone prescripciones en materia de seguimiento y verificación menos gravosas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, la medida sobre el atún modificada concede un beneficio al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO que no se concede inmediata e incondicionalmente al atún capturado por grandes buques de cerco. Las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes someten esencialmente el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO a condiciones adicionales para tener acceso a la etiqueta *dolphin safe* y, en tanto en cuanto el sistema vigente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es menos gravoso, las condiciones adicionales aplicadas en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO alteran la igualdad de las oportunidades de competencia que protege el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.465. En consecuencia, constatamos que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes contenidas en la medida sobre el atún modificada son incompatibles con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

7.466. Antes de terminar, señalamos que, en su segunda comunicación escrita, México aduce que lo que considera la actuación unilateral de los Estados Unidos al designar y aplicar las condiciones y prescripciones del etiquetado *dolphin safe* de la medida sobre el atún modificada respalda aún más su alegación de que la medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. Concretamente, según México, el régimen unilateral sobre la inocuidad para los delfines de la medida sobre el atún modificada tiene el efecto deliberado de ejercer presión sobre México para que modifique sus prácticas de pesca de atún, aunque esas prácticas están ya plenamente en conformidad con el régimen de etiquetado *dolphin safe* del APICD, que ha alcanzado gran éxito y que fue acordado en negociaciones multinacionales entre los Estados Unidos, México y los demás miembros de la CIAT. México aduce que, en tanto en cuanto se niega a someterse a la presión extraterritorial unilateral aplicada por los Estados Unidos, se deniega a la gran mayoría de sus productos de atún la ventaja del acceso a la etiqueta *dolphin safe* en el mercado estadounidense incluso cuando esos productos reúnen todas las condiciones para que se les aplique la etiqueta *dolphin safe* del APICD en otros lugares.⁶⁸²

7.467. En respuesta, los Estados Unidos formularon tres argumentos. En primer lugar, aducen que en las recomendaciones y resoluciones del OSD no se constató que el efecto perjudicial causado por la medida estadounidense era un factor de la aplicación "unilateral", y, por lo tanto, no está claro cuál es la constatación que México pide al Grupo Especial que efectúe ni cuál sería la base fáctica propuesta. En segundo lugar, según los Estados Unidos, el argumento carece de fundamento porque las medidas de los Miembros son, por definición, unilaterales, y el Órgano de Apelación constató en el procedimiento inicial que el objetivo de la medida sobre el atún no es "forzar" a México. Por último, los Estados Unidos afirman que el argumento de México hace caso omiso del hecho de que los lances sobre delfines, que, según el APICD, se admite que capturen atún *dolphin safe*, causan daños a delfines incluso si no se observa que se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín en un lance determinado y que, por consiguiente, el régimen del APICD no satisface el nivel de protección elegido por los Estados Unidos con respecto a la protección de los delfines.⁶⁸³

7.468. El Grupo Especial no necesita adoptar una decisión sobre ese punto, puesto que ya ha constatado por razones distintas que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I.

7.6.2 Párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

7.6.2.1 Prueba jurídica

7.469. El párrafo 4 del artículo III dispone lo siguiente en su parte pertinente:

Especial, ese análisis es innecesario en el presente asunto. El mero hecho de que la carga impuesta fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO sea menor que la impuesta dentro de esa pesquería es suficiente para justificar una constatación de infracción del párrafo 1 del artículo I.

⁶⁸² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 208.

⁶⁸³ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 77, nota 141.

Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de esos productos en el mercado interior.

7.470. Hay tres elementos cuya existencia debe demostrarse para establecer que una medida es incompatible con el párrafo 4 del artículo III:

i) que los productos importados y los nacionales sean "productos similares"; ii) que la medida en litigio sea una "ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso" de esos productos en el mercado interior; y iii) que el trato concedido a los productos importados sea "menos favorable" que el concedido a los productos nacionales similares.⁶⁸⁴

7.471. El Grupo Especial señala que las partes están de acuerdo sobre la prueba jurídica que ha de aplicarse con respecto al primero y el segundo de estos pasos.⁶⁸⁵

7.472. Con respecto al primer elemento, el Órgano de Apelación ha explicado que, al hacer una determinación de si los productos son similares, un grupo especial debe examinar, caso por caso, todos los criterios pertinentes, incluidos i) las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, es decir, sus características físicas; ii) los usos finales de los productos; iii) los gustos y hábitos del consumidor, también denominados percepciones y comportamiento del consumidor, con respecto a los productos; y iv) la clasificación arancelaria de los productos.⁶⁸⁶

7.473. El Órgano de Apelación ha aclarado también, no obstante, que los mencionados criterios "no están impuestos por un tratado ni constituyen una lista cerrada de criterios que determinarán la caracterización jurídica de los productos".⁶⁸⁷ El Órgano de Apelación ha explicado que, en cada caso, los grupos especiales deben examinar y tener en cuenta todas las pruebas pertinentes, estén o no relacionadas con uno de esos criterios, a fin de determinar si los productos están -o podrían estar- en una relación de competencia en el mercado, es decir, son "similares". El Órgano de Apelación explicó que, tras examinar todos los elementos de prueba pertinentes, los grupos especiales deben determinar si esos elementos, en conjunto, indican que los productos de que se trata son "similares" en términos de la disposición legal cuestionada.⁶⁸⁸

7.474. Con respecto al segundo elemento, el Grupo Especial señala que anteriores Grupos Especiales y el Órgano de Apelación han interpretado en términos amplios lo que queda incluido en el ámbito de cualquier "ley y reglamento" en el contexto del párrafo 4 del artículo III.

7.475. Con respecto al tercer elemento, México recuerda las constataciones del Órgano de Apelación en anteriores diferencias y pone de relieve que i) "lo que es pertinente es si esas diferencias reglamentarias distorsionan las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados"; ii) de conformidad con el párrafo 4 del artículo III, un grupo especial no está obligado a examinar si el efecto perjudicial de una medida en las oportunidades de competencia para los productos importados similares se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima; y iii) si el efecto perjudicial de una medida no guarda relación con el origen extranjero de los productos importados no es pertinente para el análisis de una alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III, y, por lo tanto, no es necesaria una "indagación adicional" a ese respecto.⁶⁸⁹

⁶⁸⁴ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.99.

⁶⁸⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafos 317-319; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 292 y 293.

⁶⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 101.

⁶⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 101.

⁶⁸⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 103.

⁶⁸⁹ Segunda comunicación escrita de México, párrafos 216-219 (donde se citan el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 128; y los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafos 5.117 y 5.104).

7.476. Los Estados Unidos ponen de relieve que la obligación de no discriminación en virtud del párrafo 4 del artículo III "se refiere fundamentalmente, a la prohibición de medidas discriminatorias" y que lo que exige es "la igualdad efectiva de oportunidades para que los productos importados compitan con los productos nacionales similares". A juicio de los Estados Unidos, una medida no puede infringir el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 a menos que exista una "relación auténtica entre la medida en litigio y el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados".⁶⁹⁰

7.477. El Grupo Especial recuerda que el Órgano de Apelación ha formulado las siguientes aseveraciones con respecto al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En primer lugar, la expresión "trato [no] menos favorable" exige una igualdad efectiva de oportunidades para que los productos importados compitan con los productos nacionales similares. En segundo lugar, una diferencia formal de trato entre los productos importados y los productos nacionales similares no es ni necesaria ni suficiente para demostrar que los productos importados reciben un trato menos favorable que el concedido a los productos nacionales similares. En tercer lugar, como el párrafo 4 del artículo III se ocupa de garantizar la igualdad efectiva de oportunidades de competencia para los productos importados, la determinación de si los productos importados reciben un trato menos favorable que los productos nacionales similares conlleva una evaluación de las repercusiones de la medida impugnada por lo que respecta a la igualdad de las condiciones de competencia entre los productos importados y los productos nacionales similares. Si el resultado de esa evaluación es que la medida tiene un efecto perjudicial en las condiciones de competencia para los productos importados similares, ese efecto perjudicial equivaldrá a un trato que es "menos favorable" en el sentido del párrafo 4 del artículo III. Por último, para que se constate que una medida modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados tiene que haber una "relación auténtica" entre la medida en litigio y el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados.⁶⁹¹

7.478. El Órgano de Apelación ha aclarado que para determinar si el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados similares se puede atribuir a la medida en litigio o guarda una relación auténtica con ella, la pregunta pertinente es "si es la medida gubernamental en litigio la que 'afecta a las condiciones en que compiten los productos similares, nacionales e importados, en el mercado comprendido en el territorio de un Miembro'".⁶⁹²

7.479. Es importante que el Órgano de Apelación ha declarado también que a los efectos de un análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III, los grupos especiales [no] est[á]n obligados a examinar si el efecto perjudicial de una medida en las oportunidades de competencia para los productos importados similares deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.⁶⁹³

7.480. Así pues, al evaluar el tercer elemento de la prueba jurídica, es decir, si el trato dado a los productos importados por la medida sobre el atún modificada es "menos favorable" que el otorgado a los productos nacionales similares, el Grupo Especial examinará si la medida en litigio tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados similares o si el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados se puede atribuir a la medida en litigio o guarda una relación auténtica con ella.

7.481. Antes de continuar, el Grupo Especial señala que la prueba del "trato menos favorable" del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es muy similar al primer elemento de la prueba del "trato menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Efectivamente, el propio Órgano de Apelación ha reconocido que, aunque la prueba jurídica no es la misma en ambas disposiciones, hay, no obstante, una estrecha relación entre la prueba del párrafo 4 del artículo III y el análisis del efecto perjudicial que debe realizarse en el marco del primer nivel del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁶⁹⁴ Tal como lo interpreta el Grupo Especial, la diferencia fundamental entre ambas disposiciones es que, mientras que la demostración de la existencia de un efecto perjudicial es por sí misma suficiente para demostrar la infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC puede ser necesario un

⁶⁹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 295.

⁶⁹¹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.101.

⁶⁹² Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.105.

⁶⁹³ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.117.

⁶⁹⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 179 y 180.

análisis adicional de si el trato perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, por lo menos cuando el trato perjudicial identificado es un trato *de facto*.

7.6.2.2 Aplicación

7.6.2.2.1 Argumentos de las partes

7.482. México aduce que las tres características impugnadas de la medida sobre el atún modificada (los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes) otorgan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos de atún estadounidenses y son, por lo tanto, incompatibles con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁶⁹⁵

7.483. México recuerda que, en el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación constató que el acceso a la etiqueta *dolphin safe* constituía una "ventaja" en el mercado estadounidense; que la falta de acceso a esa etiqueta tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia del atún y los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense; y que la intervención gubernamental, en forma de adopción y aplicación de las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, afecta a las condiciones en que el atún y los productos de atún similares, nacionales e importados, compiten en el mercado de los Estados Unidos. Además, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron que la mayor parte del atún capturado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en un producto inocuo para los delfines, mientras que la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses, al no ser capturado mediante lances sobre delfines, reúne potencialmente las condiciones para llevar la etiqueta.

7.484. México aduce que esto sigue siendo así.⁶⁹⁶ Según México, las constataciones del Grupo Especial y el Órgano de Apelación se aplican igualmente con respecto a la medida sobre el atún modificada porque ninguna de las modificaciones introducidas en esa medida ha reducido o eliminado el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos importados causado por las diferencias en las condiciones y prescripciones del etiquetado "*dolphin safe*". A juicio de México, la medida sobre el atún modificada da a los productos de atún mexicanos importados un trato que es "menos favorable" que el otorgado a los productos nacionales similares en el mercado estadounidense.⁶⁹⁷

7.485. Los Estados Unidos aducen que México no demuestra que la medida sobre el atún modificada sea incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁶⁹⁸

7.486. En primer lugar, los Estados Unidos consideran que la alegación de México al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 está limitada a las prescripciones de admisibilidad diferentes que excluyen el atún capturado mediante lances sobre delfines del acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Los Estados Unidos ponen de relieve que México no alega ni demuestra que ningún otro aspecto de la medida modificada, las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, sea incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁶⁹⁹

7.487. Además, los Estados Unidos aducen que México no demuestra que la medida impugnada otorgue un trato diferente a los productos de atún estadounidenses y mexicanos similares. Los Estados Unidos destacan que la medida establece las *mismas* prescripciones de admisibilidad para todos los productos de atún vendidos en los Estados Unidos: a fin de reunir las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe*, ningún atún puede ser capturado mediante lances sobre delfines y ningún atún puede ser capturado cuando se ha dado muerte o se ha herido gravemente a un delfín. Los Estados Unidos reafirman que las prescripciones establecidas por la medida sobre el atún modificada no son diferentes según la nacionalidad del buque o la empresa de

⁶⁹⁵ Primera comunicación escrita de México, párrafo 317.

⁶⁹⁶ Primera comunicación escrita de México, párrafo 329.

⁶⁹⁷ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 221.

⁶⁹⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 295.

⁶⁹⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 139.

transformación, la pesquería en que se capturó el atún o las artes de pesca empleadas para capturarlo.⁷⁰⁰

7.488. Los Estados Unidos recuerdan las constataciones del Grupo Especial inicial y aducen, entre otras cosas, que el efecto perjudicial con que se enfrentan los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense no es una consecuencia de que la propia medida coloque a los productores mexicanos en una situación de desventaja frente a los productores de los Estados Unidos, Tailandia, Filipinas, etc. En lugar de ello, es una consecuencia de las "prácticas de pesca y de compra, la ubicación geográfica, la integración relativa de los distintos segmentos de producción y las elecciones económicas y de comercialización" de los distintos productores de atún.⁷⁰¹

7.489. Los Estados Unidos critican también lo que consideran el *único* recurso de México a los efectos de la medida sobre el atún modificada en su argumentación al amparo del párrafo 4 del artículo III. A juicio de los Estados Unidos, este enfoque conlleva la consecuencia absurda de que las medidas podrían *llegar a ser incompatibles* con el párrafo 4 del artículo III únicamente sobre la base de las elecciones privadas hechas por las ramas de producción de los distintos Miembros.⁷⁰² Para los Estados Unidos, a consecuencia del enfoque de México, la base de las prescripciones reglamentarias llega a carecer totalmente de importancia para el análisis del trato nacional en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Los Estados Unidos aducen que el enfoque de México debilitaría considerablemente la capacidad de los Miembros de reglamentar en interés público.⁷⁰³

7.6.2.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.490. La tarea del Grupo Especial en esta parte de su informe consiste en examinar si México ha acreditado *prima facie* que la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos similares.

7.491. Para comenzar, el Grupo Especial considera que es necesario aclarar el alcance de los elementos de la medida sobre el atún modificada que deben ser examinados en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Como se dijo más arriba, los Estados Unidos aducen que la alegación de México al amparo del párrafo 4 del artículo III se refiere únicamente a los criterios de admisibilidad y no se ocupa de las prescripciones en materia de certificación diferentes ni de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes.⁷⁰⁴

7.492. Al igual que en el caso de la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, señalamos que México ha articulado su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 refiriéndose a "la diferencia en las condiciones de etiquetado".⁷⁰⁵ Es esa "diferencia" lo que impugna México.⁷⁰⁶ A nuestro juicio, la expresión "diferencia en las condiciones de etiquetado" abarca claramente algo más que los criterios de admisibilidad; la utilización de la palabra "condiciones" en plural indica que la impugnación de México se refiere también a otros aspectos o características de la medida sobre el atún modificada que, en opinión de México, tratan al atún y los productos de atún mexicanos de manera distinta que al atún y los productos de atún nacionales similares. Por ello, examinaremos si alguna de las tres características de la medida identificadas por México -los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes- modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III.

7.493. El Grupo Especial pasa ahora a examinar el contenido de los argumentos de las partes. Comenzamos por señalar que México parece basarse en la argumentación que desarrolló en el

⁷⁰⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 297.

⁷⁰¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 299.

⁷⁰² Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 142.

⁷⁰³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 302-314; y segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 142.

⁷⁰⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 277.

⁷⁰⁵ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 220.

⁷⁰⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 221.

contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC para respaldar su alegación de que la medida sobre el atún modificada es incompatible con las prescripciones del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁷⁰⁷

7.494. Como señalamos más arriba en el contexto de nuestro análisis en el marco del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, creemos que es apropiado que hagamos referencia a las constataciones fácticas y jurídicas a que llegamos en el curso de nuestro análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque, como hemos explicado, el Órgano de Apelación ha dejado claro que, aunque las pruebas del "trato menos favorable" en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 no son idénticas, ambas incluyen la cuestión de si la medida en litigio "modifica las condiciones de competencia en el mercado del Miembro regulador en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares".⁷⁰⁸ De hecho, creemos que sería extraño que un grupo especial que haya constatado que una medida modifica en forma perjudicial las condiciones de competencia en el sentido del primer nivel del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC constatare que la misma medida no concede, sin embargo, un trato menos favorable en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.495. Como indica el examen por el Grupo Especial de la prueba jurídica del párrafo 4 del artículo III, la indagación exigida de conformidad con ese párrafo es muy similar a la exigida con arreglo al primer nivel del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. De hecho, tal como lo entiende el Grupo Especial, la cuestión jurídica esencial a que debe darse respuesta con arreglo tanto al párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 como al primer nivel del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es, a todos los efectos, la misma, es decir, si la medida en litigio "modifica [o no] las condiciones de competencia en el mercado del Miembro regulador en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares".⁷⁰⁹ El Órgano de Apelación ha utilizado sistemáticamente esa formulación para describir tanto el primer paso de la indagación de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC como la cuestión de que se trata en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.⁷¹⁰ A juicio del Grupo Especial, por lo tanto, es apropiado aplicar nuestras constataciones hechas en el contexto del primer paso del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.496. El Grupo Especial comienza por recordar sus constataciones en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 de que el atún y los productos de atún de que se trata en la presente diferencia son "similares", en lo que están de acuerdo las partes. Esta constatación fáctica se aplica igualmente en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, que se ocupa asimismo del trato de los "productos similares". En consecuencia, el Grupo Especial constata que, a efectos del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, todo el atún y los productos de atún son "similares".

7.497. El Grupo Especial pasa ahora a examinar si las tres características de la medida sobre el atún modificada identificadas por México modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares, en forma contraria a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.498. Con respecto a los criterios de admisibilidad, el Grupo Especial recuerda sus constataciones acerca de este aspecto de la medida sobre el atún modificada en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. El Grupo Especial ha constatado a ese respecto, después de realizar un análisis separado del efecto perjudicial en el marco del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994, que los criterios de admisibilidad modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos porque privan a determinados productos de atún del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, que representa un valioso beneficio económico en el mercado de los Estados Unidos.

⁷⁰⁷ Por ejemplo, segunda comunicación escrita de México, párrafos 220 y 221.

⁷⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180.

⁷⁰⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180.

⁷¹⁰ Véanse, más recientemente, los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.101 (donde se constata que una medida infringe el párrafo 4 del artículo III cuando "tiene un efecto perjudicial en las condiciones de competencia para los productos importados similares").

7.499. Aplicando esta constatación en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial constata que los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares.

7.500. Con respecto a las prescripciones en materia de certificación diferentes, el Grupo Especial constató análogamente en el contexto de la primera parte de su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC que esta característica de la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares. Esto es así porque impone al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO una carga más ligera que al atún capturado dentro de esa pesquería y puede contribuir al etiquetado erróneo.

7.501. Aplicando esta constatación en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial constata que las prescripciones en materia de certificación diferentes contenidas en la medida sobre el atún modificada modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares.

7.502. Por último, con respecto a las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes, el Grupo Especial constató en el contexto de la primera parte de su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC que esa característica de la medida sobre el atún modificada modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense de atún en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares. Esto es así porque impone al atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO una carga más ligera que al atún capturado dentro de esa pesquería y puede contribuir también al etiquetado erróneo.⁷¹¹

7.503. Aplicando esta constatación en el contexto del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el Grupo Especial constata que las prescripciones de seguimiento y verificación diferentes contenidas en la medida sobre el atún modificada modifican las condiciones de competencia en detrimento del atún y los productos de atún mexicanos similares.

7.504. A la luz de estas constataciones, el Grupo Especial concluye que la medida sobre el atún modificada, incluidas las tres distinciones reglamentarias identificadas por México, es, por lo tanto, incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

7.7 La defensa de los Estados Unidos al amparo de artículo XX del GATT de 1994

7.505. Los Estados Unidos sostienen que, si la medida sobre el atún modificada es incompatible con los artículos I y/o III del GATT de 1994 está, no obstante, justificada al amparo del artículo XX de ese Acuerdo. El artículo XX prevé determinadas excepciones a las obligaciones sustantivas establecidas en el GATT de 1994.⁷¹² La carga de establecer que una medida que, de lo contrario, sería incompatible con el GATT satisface los requisitos de una de las excepciones contenidas en el artículo XX corresponde a la parte que la invoca, en este caso los Estados Unidos.⁷¹³

7.506. El artículo XX del GATT de 1994 contiene requisitos tanto en sus apartados como en su parte introductoria. Como señaló el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gasolina*, el análisis de conformidad con el artículo XX es "doble: primero, la justificación provisional de la medida por su carácter de medida comprendida en el apartado g) del artículo XX; segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX."⁷¹⁴

⁷¹¹ Como señaló más arriba el Grupo Especial, no necesita formular una determinación definitiva de si el sistema vigente fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO contribuye, en todos los casos, a un etiquetado erróneo. Esa determinación exigiría un examen detallado de los diversos factores que pueden contribuir también a la posibilidad de etiquetado erróneo. A juicio del Grupo Especial, ese análisis es innecesario en el presente asunto. El mero hecho de que la carga impuesta fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es menor que la impuesta dentro de esa pesquería es suficiente para justificar una constatación de infracción del párrafo 1 del artículo I.

⁷¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 157.

⁷¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 26.

⁷¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, páginas 25 y 26.

7.507. En esta diferencia, los Estados Unidos aducen que, si se constata que la medida sobre el atún modificada es incompatible con los artículos I y/o III del GATT de 1994, está, no obstante, justificada al amparo del apartado b) del artículo XX, como una medida necesaria para proteger la salud de los delfines, y al amparo del apartado g) de ese artículo, como una medida relativa a la conservación de los recursos naturales.⁷¹⁵

7.508. México rechaza la defensa de los Estados Unidos. Según México, si se consideran sus objetivos -i) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines, y ii) contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de manera que tenga efectos perjudiciales en los delfines⁷¹⁶- la medida sobre el atún modificada no se "ajusta" a las excepciones generales previstas en el apartado b) o el apartado g) del artículo XX del GATT de 1994. México aduce también que los diversos componentes y requisitos de la medida sobre el atún modificada no cumplen las prescripciones de la parte introductoria del artículo XX.⁷¹⁷

7.509. El Grupo Especial examinará en primer lugar el recurso de los Estados Unidos al apartado g) del artículo XX del GATT de 1994 para justificar las incompatibilidades de la medida sobre el atún modificada con los artículos I y III.

7.7.1 Apartado g) del artículo XX

7.7.1.1 Prueba jurídica de conformidad con el apartado g) del artículo XX

7.510. El Grupo Especial comienza por señalar que, como cuestión general, las partes están de acuerdo en que son las prescripciones que se constata que causan la incompatibilidad con la disposición determinada del GATT las que tienen que justificarse al amparo de los apartados del artículo XX. Creemos que esto es correcto, como cuestión de derecho.⁷¹⁸ Por lo tanto, en el presente contexto, el Grupo Especial tiene que determinar si las prescripciones de la medida sobre el atún modificada en su totalidad, incluidos sus criterios de admisibilidad y sus prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes, están justificados al amparo del apartado g) del artículo XX.⁷¹⁹

7.511. El apartado g) del artículo XX se refiere a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables. Para determinar si la medida sobre el atún modificada está justificada al amparo del apartado g) del artículo XX, corresponde a los Estados Unidos la carga de demostrar que su medida: i) está relacionada con la conservación de ii) un recurso natural agotable y iii) se aplica conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. Aunque tiene distintos componentes, el apartado g) del artículo XX establece en último término una única prueba, y el cumplimiento del apartado g) del artículo XX por la medida solo puede determinarse sobre la base de una evaluación integral.⁷²⁰

7.512. Con respecto a la primera cláusula del apartado g) del artículo XX, "relativa[...] a la conservación de los recursos naturales agotables", el Órgano de Apelación ha puesto de relieve, remitiéndose al preámbulo del Acuerdo de Marrakech que el término ... "recursos naturales" del

⁷¹⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 317.

⁷¹⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 14.

⁷¹⁷ Segunda comunicación escrita de México, párrafos 230-240 y 311-340.

⁷¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 18.

⁷¹⁹ El Órgano de Apelación ha dejado claro que "los aspectos de la medida que deben justificarse al amparo de los apartados del artículo XX son aquellos que dan lugar a la constatación de incompatibilidad en el marco del GATT de 1994". *CE - Productos derivados de las focas (Órgano de Apelación)*, párrafo 5.185 ("En *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación aclaró que no son las conclusiones jurídicas de incompatibilidad con el GATT formuladas por un grupo especial las que deben justificarse al amparo del artículo XX, sino las disposiciones de una medida que infringen el GATT de 1994. De manera similar, en *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, el Órgano de Apelación observó que el análisis de la defensa del apartado d) del artículo XX en ese caso debía centrarse en las 'diferencias en la reglamentación de las importaciones y de los productos nacionales similares' que dan lugar a la constatación de existencia de trato menos favorable a tenor del párrafo 4 del artículo III. Así pues, los aspectos de la medida que deben justificarse al amparo de los apartados del artículo XX son aquellos que dan lugar a la constatación de incompatibilidad en el marco del GATT de 1994").

⁷²⁰ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.94.

apartado g) del artículo XX no es "estático" en su contenido o en sus referencias sino más bien "por definición, evolutivo".⁷²¹ La palabra "conservación" a su vez, significa "la preservación del medio ambiente, especialmente de los recursos naturales".⁷²² En *China - Tierras raras*, el Órgano de Apelación explicó que

[A] los efectos del apartado g) del artículo XX, los contornos precisos del término "conservación" solo se pueden entender plenamente en el contexto del recurso natural agotable objeto de una diferencia determinada. En lo que respecta a la "conservación" de un recurso natural vivo, como una especie amenazada de extinción, el término puede abarcar no solo la limitación o paralización de las actividades que crean el peligro de extinción, sino también facilitar la recuperación de esa especie amenazada.⁷²³

7.513. El Órgano de Apelación ha explicado también que para que una medida sea "relativa" a la conservación en el sentido del apartado g) del artículo XX, debe haber "una auténtica y estrecha relación de medios y fines"⁷²⁴ entre esa medida y el objetivo de conservación. En ese sentido, estamos de acuerdo con México en que la medida impugnada debe tener un cierto "nexo" con el objetivo de política legítimo de conservación de los recursos naturales agotables.

7.514. Además, el apartado g) del artículo XX exige que el Miembro regulador demuestre que su medida "se apli[ca] conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales", lo cual se ha interpretado como un requisito de que la medida impugnada y las restricciones nacionales conexas "actú[en] en conjunción".⁷²⁵ Como explicó el Órgano de Apelación en *China - Tierras raras*:

[L]a frase "se apliquen conjuntamente con" exige que, cuando se restringe el comercio internacional, se impongan también restricciones efectivas a la producción o al consumo nacionales. De la misma forma que las medidas incompatibles con el GATT imponen limitaciones al comercio internacional, las restricciones nacionales deben imponer limitaciones a la producción o al consumo nacionales. Dicho de otra manera, para cumplir el elemento "se aplique" de la segunda cláusula del apartado g) del artículo XX, un Miembro tiene que imponer restricciones "verdaderas" a la producción o al consumo nacionales que refuercen y complementen la restricción impuesta al comercio internacional, y especialmente cuando el consumo nacional representa una parte importante del recurso natural agotable que hay que conservar.⁷²⁶

7.515. En la presente diferencia, las partes están en general de acuerdo sobre los elementos del criterio jurídico pero no lo están en cuanto a su aplicación.

7.7.1.2 Aplicación

7.7.1.2.1 Argumentos de las partes

7.516. Los Estados Unidos aducen que los delfines son un recurso natural agotable⁷²⁷ y que la medida modificada es claramente "relativa a" la conservación de los delfines. Señalan que el Grupo Especial inicial constató, y el Órgano de Apelación reafirmó, que uno de los objetivos del régimen de etiquetado del atún es la protección de los delfines. A juicio de los Estados Unidos, esa constatación establece claramente que la "relación sustancial" exigida entre la medida sobre el atún modificada y el objetivo de conservación existe.⁷²⁸ Los Estados Unidos recuerdan la constatación del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación de que la medida inicial podía alcanzar su objetivo de protección de los delfines completamente dentro del PTO y parcialmente

⁷²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 130.

⁷²² Informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 355.

⁷²³ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.89.

⁷²⁴ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 136; y *China - Materias primas*, párrafo 355.

⁷²⁵ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafos 5.88 y 5.94.

⁷²⁶ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.132. (no se reproducen las citas internas)

⁷²⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 325.

⁷²⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 327.

fuera del PTO. Según los Estados Unidos, al mantener la exclusión del atún capturado por el método de pesca "especialmente dañino"⁷²⁹ de los lances sobre delfines, ya sea dentro o fuera del PTO, del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, y al ampliar el sistema de certificaciones fuera del PTO para exigir una declaración de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en el lance u otro empleo de artes en que se capturó el atún, la medida modificada "aborda plenamente" los riesgos causados por distintos métodos de pesca de atún en distintos océanos y, de ese modo, contribuye claramente a la conservación de los delfines.⁷³⁰

7.517. Los Estados Unidos ponen de relieve que, con arreglo a la medida modificada, ningún producto de atún que contiene atún capturado mediante lances sobre delfines reúne las condiciones para llevar la etiqueta, con independencia de la pesquería, la nacionalidad del buque o la nacionalidad de la empresa de transformación, y otro tanto es cierto en el caso de todos los productos de atún que contienen atún capturado en un lance o un empleo de artes en que se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín.⁷³¹ Los Estados Unidos aducen que la medida sobre el atún modificada va incluso más allá que la medida sobre el atún inicial en la protección de los delfines al aplicar un mecanismo de certificación (certificación del capitán) que, según constató el Grupo Especial inicial, "podía alcanzar" el objetivo estadounidense en el contexto de los lances sobre delfines fuera del PTO.⁷³² Los Estados Unidos aducen, por lo tanto, que la medida sobre el atún modificada hace una contribución a la protección de los delfines (dentro y fuera del PTO) que cumple el criterio de "relativas a la conservación". Además, los Estados Unidos sostienen que la neutralidad de la medida con respecto al origen indica que la medida sobre el atún modificada impone a los productores de atún estadounidenses la misma carga relativa a la conservación que a los productores de atún extranjeros.

7.518. México no niega que los delfines son un recurso natural agotable. No obstante, aduce que la medida sobre el atún modificada no es relativa a la conservación de los recursos naturales agotables. A juicio de México, la medida sobre el atún modificada no está destinada a conservar las poblaciones de delfines en el curso de las operaciones de pesca de atún en el PTO ni a promover la recuperación de las poblaciones de delfines. México afirma que la relación de la medida modificada con la protección de los delfines es tan tenue que la medida no es siquiera "relativa a" la conservación de esos animales. Para México, la conservación de las poblaciones de delfines es únicamente un "objetivo indirecto" de la medida⁷³³, ya que no hay una "protección eficaz" fuera del PTO.⁷³⁴ Por lo tanto, para México, los delfines no son "conservados" en modo alguno fuera del PTO.⁷³⁵ A juicio de México, el hecho de que la medida sobre el atún modificada no conceda protección a los delfines fuera del PTO demuestra que esa medida no tiene una relación sustancial, estrecha y real con la conservación o la preservación de los delfines.⁷³⁶

7.519. México aduce también que la medida sobre el atún modificada no se aplica conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. Según México, los Estados Unidos no han explicado suficientemente qué tipo de restricción a la producción o al consumo nacionales impone la medida sobre el atún modificada. México aduce que esa medida mantiene prescripciones en materia de seguimiento y verificación insuficientes en relación con el atún capturado fuera del PTO y los productos de atún que contienen ese atún. Además, las prescripciones en materia de certificación *dolphin safe* que se aplican a los productos de atún que contienen atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO son ellas mismas intrínsecamente no verificables, no fiables, imprecisas, imposibles de imponer y, por lo tanto, carentes de sentido.⁷³⁷

7.7.1.2.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.520. El Grupo Especial examina ahora si los Estados Unidos han demostrado que la medida sobre el atún modificada (y, en particular, los tres aspectos de la medida impugnados por México: los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación diferentes y las

⁷²⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 327.

⁷³⁰ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 190.

⁷³¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 328.

⁷³² Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 187.

⁷³³ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 303.

⁷³⁴ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 299.

⁷³⁵ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 299.

⁷³⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 303.

⁷³⁷ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 308.

prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes) cumple lo dispuesto en el apartado g) del artículo XX del GATT de 1994.

7.521. Como señalamos más arriba, ambas partes coinciden en que los delfines son un "recurso natural agotable". Estamos de acuerdo.

7.522. No obstante, México aduce que la medida sobre el atún modificada, incluidas las tres condiciones y prescripciones identificadas por México, no es "*relativa a*" la "*conservación*" de los delfines; México agrega también que la medida sobre el atún modificada no contiene ninguna restricción nacional pertinente. El principal argumento de México es que la medida, en su totalidad y, en particular, sus prescripciones menos rigurosas en materia de observadores y de seguimiento y verificación aplicables al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO, no tiene un *nexo suficiente* con el objetivo de conservación de los delfines.

7.523. Las partes coinciden⁷³⁸ en que los objetivos generales de la medida sobre el atún modificada son los mismos que trataba de alcanzar la medida inicial, es decir: i) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines; y ii) garantizar que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines.

7.524. Tal como lo entendemos, el Grupo Especial inicial constató, y el Órgano de Apelación reafirmó, que uno de los objetivos de la medida inicial era contribuir a la "protección" de los delfines.⁷³⁹ El Órgano de Apelación señaló que:

[E]l Grupo Especial aceptó que esos objetivos eran legítimos en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁷⁴⁰ Observó además que "tal como las describen los propios Estados Unidos, sus medidas intentan evitar toda una gama de efectos perjudiciales de las técnicas de pesca en los delfines", incluidas "las situaciones en las que ... se da muerte o se hiere gravemente a esos animales".⁷⁴¹

7.525. A nuestro juicio, esta declaración confirma que uno de los objetivos del régimen estadounidense de etiquetado *dolphin safe* es contribuir a la protección de los delfines. En la presente diferencia, aunque el Grupo Especial acepta que la conservación de los delfines es un objetivo de política incluido en el ámbito de aplicación del apartado g) del artículo XX, los Estados Unidos deben demostrar, sin embargo, que su medida trata de alcanzar la conservación de los delfines o es de otro modo "*relativa a*" esa conservación.

7.526. Según México, no se puede decir que la medida sobre el atún modificada sea relativa a la conservación, incluso si hace una contribución marginal a la protección de los delfines. A juicio de México, la medida sobre el atún modificada no está destinada a conservar las poblaciones de delfines en el curso de las operaciones de pesca de atún en el PTO ni a promover la recuperación de las poblaciones de delfines, y, como no hay una "protección eficaz" en el caso del atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO, la medida no puede lograr la conservación de los delfines ni lo hace.⁷⁴²

7.527. Recordamos la aclaración del Órgano de Apelación de que el término "conservación" del apartado g) es amplio y abarca "no solo la limitación o paralización de las actividades que crean el peligro de extinción, sino también facilitar la recuperación de esa especie amenazada".⁷⁴³ Estamos

⁷³⁸ Primera comunicación escrita de México, párrafo 297; y primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 319.

⁷³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 242 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II* (párrafo 7.401)).

⁷⁴⁰ (*nota del original*) Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.444. Como explicamos en la siguiente sección de nuestro informe, un grupo especial que tenga que pronunciarse sobre una alegación formulada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe determinar objetivamente cuál es el objetivo de la medida de que se trate. Debe asimismo determinar si el objetivo de dicha medida es "legítimo".

⁷⁴¹ (*nota del original*) Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.550.

⁷⁴² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 299.

⁷⁴³ Informes del Grupo Especial, *China - Tierras raras*, párrafo 7.258.

de acuerdo con los Estados Unidos en que la palabra "*conservation*" (conservación) abarca también "*the action of keeping from harm, decay, or loss; careful preservation*," (la acción de preservar de daño, deterioro o pérdida; preservación cuidadosa)⁷⁴⁴ y que eso no solo está limitado a preservar las especies o las poblaciones sino que abarca también la protección de los ejemplares individuales de una especie o población. A nuestro juicio, no hay en el sentido corriente del término "conservación" ni en la jurisprudencia del Órgano de Apelación nada que indique que la conservación en el sentido del apartado g) del artículo XX abarca únicamente las medidas que tienen como principal objetivo la conservación de los delfines a escala de toda una población. Por el contrario, creemos que la preservación de las vidas de ejemplares de delfines es tanto un acto de conservación como un programa encaminado a alentar la recuperación de una población determinada. De hecho, a nuestro juicio, hay una vinculación esencial e indisoluble entre la protección de los delfines a escala individual y la "recuperación de [una] especie amenazada", porque solo mediante la protección de los ejemplares de delfines se puede proteger, recuperar y mantener a una población. Por consiguiente, en nuestra opinión, el hecho de que la medida sobre el atún modificada se ocupe más de los efectos de la pesca de atún en el bienestar de los ejemplares de delfines que del estado de una población de delfines determinada considerada globalmente o estadísticamente no niega, por sí mismo, la existencia del nexo entre la medida y el objetivo de conservación de recursos naturales agotables.

7.528. Señalamos en este contexto que el Grupo Especial inicial reconoció que "los efectos perjudiciales en los delfines contra los que se dirigen las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*, tal como los describe[n] [los Estados Unidos], están relacionados con la mortalidad y las heridas graves observadas y no observadas en ejemplares de delfines durante las operaciones de pesca de atún. Además, ... en la medida en que '[t]ambién podría considerarse' que abordar esos efectos perjudiciales 'es tratar de conservar las poblaciones de delfines', los objetivos estadounidenses incorporan asimismo, por lo menos indirectamente, consideraciones relativas a la conservación de las poblaciones de delfines".⁷⁴⁵

7.529. Creemos que las medidas diseñadas para reducir el daño causado a delfines en las prácticas de pesca comerciales se refieren a la protección de los delfines y, como tales, se puede decir adecuadamente que son relativas a la conservación de los delfines. Por consiguiente, en tanto en cuanto el objetivo de la medida sobre el atún modificada es contribuir a la protección de los delfines, incluso a escala individual, puede decirse que esa medida es relativa a la conservación de los delfines.

7.530. Tal como lo entendemos, el argumento de México es no solo que el objetivo de la medida sobre el atún modificada no es la conservación de los delfines, sino además que la medida no funciona o actúa de manera que contribuya realmente a la protección de los delfines. En otros términos, para México, el vínculo o nexo entre el objetivo de conservación y el efecto real de la medida sobre el atún modificada en la conservación de los delfines es demasiado distante.

7.531. En *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación declaró que, para que una medida sea "relativa[...]" a la conservación, debe haber una "relación sustancial" entre la medida impugnada y el objetivo de conservación.⁷⁴⁶ El Órgano de Apelación repitió en el asunto *China - Tierras raras* que, para que una medida sea relativa a la conservación tiene que haber "una auténtica y estrecha relación de medios y fines"⁷⁴⁷ entre la medida impugnada y el objetivo de conservación.

7.532. El Grupo Especial inicial constató que el régimen estadounidense de etiquetado *dolphin safe* podía proteger a los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilizara para alentar prácticas de pesca que pudieran dar muerte o herir gravemente a delfines pero que la medida solo lo hacía dentro del PTO. El Órgano de Apelación, al confirmar la determinación del Grupo Especial inicial de que uno de los dos objetivos de la medida de etiquetado era efectivamente contribuir a la protección de los delfines⁷⁴⁸, aceptó también de hecho que la medida

⁷⁴⁴ Véase el *Oxford English Dictionary* (Clarendon Press, 1993), página 485 (Estados Unidos - Prueba documental 119).

⁷⁴⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.485 y 7.486.

⁷⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 22.

⁷⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 136; informes del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 355.

⁷⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 342 y 343.

sobre el atún inicial era "relativa[...]" a la conservación de los delfines. En particular, al concluir que la medida sobre el atún "aborda[ba] *plenamente*" los riesgos causados por la práctica "especialmente" dañina de los lances sobre delfines, el Órgano de Apelación confirmó que la medida sobre el atún era relativa a la conservación y protección de los delfines. El Órgano de Apelación concluyó que la medida lo hacía eficazmente en el caso de los daños causados por los lances sobre delfines pero que, la medida estadounidense no hacía lo bastante para la protección de los delfines que sufrían daños debido a métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines.⁷⁴⁹

7.533. En este contexto, señalamos que la medida sobre el atún modificada excluye de la etiqueta *dolphin safe* a todo el atún capturado en un lance u otro empleo de artes en que se haya dado muerte o se haya herido gravemente a delfines, con independencia del método de pesca utilizado o del lugar en que se capturó el atún. Pese al posible fundamento de los argumentos de México relativos a las deficiencias de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación impuestas al atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO, nos parece que la medida sobre el atún modificada sigue ocupándose fundamentalmente del sufrimiento causado a delfines en el contexto de las prácticas de pesca comerciales, tanto dentro como fuera del PTO, y causado tanto por lances sobre delfines como por otros métodos de pesca de atún. Sean cuales fueren las deficiencias de un sistema de certificación o de seguimiento y verificación frente a otro, nos parece evidente que, considerados en sí mismos, los sistemas diseñados para identificar y seguir a los delfines e, indirectamente, reducir su mortalidad y sus heridas son claramente "relativ[o]s" a la conservación. Por ello, no creemos que las diferencias entre las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación que se aplican dentro de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por una parte, y las que se aplican en otras pesquerías, por la otra, socaven el hecho de que la medida sobre el atún modificada es "relativa[...]" a la conservación o cree dudas por otros motivos sobre ese hecho.

7.534. Llegados a este punto, recordáramos que nuestra tarea de conformidad con el apartado g) del artículo XX consiste en examinar las características de la medida que dan lugar a discriminación de conformidad con los artículos I y III del GATT de 1994 y no la propia discriminación. Por consiguiente, la cuestión que se nos ha sometido no es si la discriminación que identificamos más arriba es relativa a la conservación sino, más bien, si las características de la medida que causan esa discriminación *en sí mismas* -los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación- son relativas a la conservación. En consecuencia, en este punto de nuestro análisis, no necesitamos decidir si *las diferencias* en las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación son relativas a la conservación. En lugar de ello, nuestra tarea consiste solo en determinar si los criterios de admisibilidad y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación que se aplican, considerados en sí mismos, son relativos a la conservación.

7.535. Dicho en otros términos, creemos que hay una diferencia entre la cuestión de si la medida sobre el atún modificada es "relativa[...]" a la conservación de los delfines y la cuestión de si la medida se enfrenta o responde a los daños causados a delfines por distintos métodos de pesca de atún de manera que no discrimine arbitraria o injustificablemente entre los productos similares. La primera cuestión se plantea en el marco del apartado g), mientras que la segunda se trata debidamente en el marco de la parte introductoria del artículo XX, que examinamos más adelante. En el presente contexto, creemos que está claro que puede decirse adecuadamente que las prescripciones relativas a la admisibilidad, la certificación y el seguimiento del atún cuyo objetivo es proporcionar información exacta a los consumidores acerca de la condición *dolphin safe* del atún son "relativas a" el objetivo de conservar a los delfines, ya que, como aducen los Estados Unidos, contribuyen a garantizar que el mercado estadounidense de atún no funcione de manera que aliente las técnicas de pesca que no son inocuas para los delfines. Así pues, creemos que las prescripciones en materia de admisibilidad, seguimiento y verificación y certificación son "relativas a" la conservación de los delfines, con independencia del nivel en que se apliquen y también con independencia de si ese nivel es uniforme en todas las pesquerías.

7.536. Para terminar, constatamos que la medida sobre el atún modificada es "relativa[...]" a la conservación de los delfines.

⁷⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 289 y 297.

7.537. México alega también que la medida sobre el atún modificada no impone por sí misma ninguna restricción real en el caso del atún capturado por la flota estadounidense fuera del PTO, y que los Estados Unidos no han demostrado que imponga ningún tipo de restricción a la producción o al consumo nacionales, como exige la segunda parte del apartado g) del artículo XX.⁷⁵⁰

7.538. Entendemos que la medida sobre el atún modificada supedita el acceso a la etiqueta *dolphin safe* a las mismas prescripciones, tanto en el caso de los buques estadounidenses como en el de los buques extranjeros: ningún producto de atún que contiene atún capturado mediante lances sobre delfines reúne las condiciones para llevar la etiqueta, con independencia de la pesquería, la nacionalidad del buque o la nacionalidad de la empresa de transformación. Además, ningún producto de atún que contiene atún capturado en un lance o un empleo de artes en el que se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín reúne las condiciones para llevar la etiqueta, con independencia de la pesquería, el tipo de arte, la nacionalidad del buque o la nacionalidad de la empresa de transformación.⁷⁵¹ Asimismo, ningún atún capturado en alta mar mediante grandes redes de deriva reúne las condiciones para llevar la etiqueta, con independencia de la pesquería y la nacionalidad del buque.⁷⁵² Por consiguiente, constatamos que la medida sobre el atún modificada sí impone restricciones reales y eficaces a la rama estadounidense de producción de atún en el sentido del apartado g) del artículo XX.

7.539. México aduce que las prescripciones de la medida sobre el atún modificada no "distribuyen la carga de la conservación entre los consumidores extranjeros y nacionales de manera imparcial o equilibrada".⁷⁵³ En *Estados Unidos - Gasolina*, el Órgano de Apelación dijo que un trato idéntico de los productos nacionales e importados no es exigido por el apartado g), que contiene, más bien, un requisito de imparcialidad. En *China - Tierras raras*, el Órgano de Apelación aclaró el sentido de la imparcialidad en el marco del apartado g), declarando que, en ninguna diferencia anterior "evaluó si la carga de la conservación se distribuía imparcialmente entre los productores extranjeros, por un lado, y los productores o consumidores nacionales, por otro, ni dio a entender que esa evaluación fuera necesaria. ... Dicho de otro modo, el razonamiento del Órgano de Apelación no indica que el apartado g) del artículo XX contenga una prescripción que exija que la carga de la conservación se distribuya de manera equitativa".⁷⁵⁴ Para el Órgano de Apelación, el efecto relativo de las restricciones impuestas a la producción nacional y extranjera debe evaluarse, más bien, en el marco de la parte introductoria del artículo XX⁷⁵⁵:

Para cumplir lo dispuesto en el artículo XX, la medida tiene que satisfacer de manera acumulativa las condiciones especificadas tanto en el apartado g) como en la parte introductoria. No obstante, si el propio apartado g) exigiera un análisis de la cuestión de si la carga de la conservación se distribuye equitativamente, eso podría entrañar una duplicación del análisis que hay que hacer en el marco de la parte introductoria, en particular en los casos que tratan de medidas discriminatorias. Esto no estaría en consonancia con el principio de interpretación efectiva de los tratados.

7.540. Por lo tanto, examinaremos en el marco de la parte introductoria la alegación de México de que el efecto de las restricciones diferentes impuestas a los productos nacionales y extranjeros carece de equilibrio.

7.541. En resumen, el Grupo Especial constata que las características de la medida sobre el atún modificada que dan lugar a infracciones de los artículos I y III del GATT de 1994 están, no obstante, provisionalmente justificadas al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994. A nuestro juicio, esas características son claramente "relativas a" el objetivo de conservación de los delfines y también se aplican conjuntamente con restricciones a la producción nacional de productos de atún.

⁷⁵⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 308.

⁷⁵¹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 328.

⁷⁵² Véase el párrafo 3.37 *supra*.

⁷⁵³ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 309.

⁷⁵⁴ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafos 5.133 y 5.134.

⁷⁵⁵ Informes del Órgano de Apelación, *China - Tierras raras*, párrafo 5.135.

7.7.2 Apartado b) del artículo XX

7.542. Además de defenderse al amparo del apartado g) del artículo XX, los Estados Unidos alegan también que la medida sobre el atún modificada está justificada al amparo del apartado b) de dicho artículo. Esa disposición prevé una excepción en el caso de las medidas incompatibles con el GATT que son "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales".

7.543. Habiendo constatado que los tres aspectos de la medida sobre el atún modificada impugnados por México están provisionalmente justificados al amparo del apartado g) del artículo XX, el Grupo Especial considera que no es necesario que decida si la medida sobre el atún modificada está justificada al amparo del apartado b) de ese artículo. Es un principio arraigado de la legislación de la OMC que "los grupos especiales pueden aplicar el principio de economía procesal, absteniéndose de examinar más alegaciones que las necesarias para solucionar la diferencia".⁷⁵⁶ El Órgano de Apelación ha declarado en numerosas ocasiones que "[s]iempre que cumplan su obligación de evaluar el asunto objetivamente, los grupos especiales gozan de libertad para decidir *qué problemas jurídicos* han de tratar para resolver una diferencia".⁷⁵⁷ Así pues, cuando la decisión sobre una alegación jurídica determinada no "se necesita[...]" para hallar una 'solución positiva' a la diferencia o 'una solución satisfactoria de la cuestión',⁷⁵⁸ un grupo especial puede, en ejercicio de su propia libertad⁷⁵⁹, "proceder [con moderación]" y "no ... ocup[arse] de" una o varias cuestiones planteadas por las partes.⁷⁶⁰

7.544. A nuestro juicio, las constataciones que hemos formulado con respecto al apartado g) del artículo XX son suficientes para resolver la cuestión jurídica que se nos ha sometido. Además, en el contexto del presente asunto, no creemos que exista una diferencia significativa entre el objetivo de la "conservación" de los delfines en el sentido del apartado g) del artículo XX y el objetivo de "proteger la salud o la vida" de los delfines en el sentido del apartado b) de dicho artículo. Ninguna de las partes ha dado a entender lo contrario. En el presente asunto, el objetivo alegado de la medida impugnada es reducir el daño que sufren los delfines durante las operaciones de pesca de atún. Ya se exprese en términos de "conservación de los recursos naturales agotables" o de "protección de la salud o la vida de los animales", el objetivo sigue teniendo esencialmente el mismo contenido y, por lo tanto, no creemos que sea necesaria aquí una constatación en el marco de ambos apartados. Nuestra conclusión con arreglo al apartado g) basta para que constatemos que, si satisface la prueba de la parte introductoria del artículo XX del GATT, la medida modificada está justificada provisionalmente en virtud del artículo XX, lo cual nos permite pasar a analizar la medida modificada en el marco de la parte introductoria.

7.545. Por lo tanto, el Grupo Especial opta por aplicar el principio de economía procesal con respecto a la defensa de los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX.

7.7.3 La parte introductoria del artículo XX

7.546. Habiendo constatado que la medida sobre el atún modificada está justificada provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX, el Grupo Especial necesita determinar si cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

7.7.3.1 Prueba jurídica de conformidad con la parte introductoria del artículo XX

7.547. La parte introductoria del artículo XX contiene requisitos adicionales relativos a las medidas respecto de las cuales se ha constatado que incumplen una obligación establecida en el GATT de 1994 pero también que están justificadas provisionalmente al amparo de una de las excepciones previstas en los apartados del artículo XX. La parte introductoria establece esos requisitos exigiendo que esas medidas no se "apliquen ... en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas

⁷⁵⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 718.

⁷⁵⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 344.

⁷⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*, párrafo 250.

⁷⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 87.

⁷⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 133.

condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional".⁷⁶¹ Si una medida se *aplica* en una forma determinada "puede la mayoría de las veces discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida", lo cual implica que es preciso tener en cuenta "tanto [los] requisitos de fondo como de procedimiento" previstos en la medida en litigio.⁷⁶²

7.548. Es una norma arraigada que la carga de demostrar que una medida que se justifica provisionalmente al amparo de una de las excepciones del artículo XX es compatible con la parte introductoria corresponde a la parte que invoca la excepción.⁷⁶³

7.549. Para que una medida se aplique en una forma que constituya una "discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones", deben existir tres elementos:

En primer lugar, la aplicación de la medida debe dar lugar a una *discriminación*.
En segundo lugar, la discriminación debe tener un carácter *arbitrario o injustificable*.
En tercer lugar, esta discriminación debe darse *entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones*.⁷⁶⁴

7.550. El tipo, la naturaleza y la calidad de la discriminación a que se refiere la parte introductoria son distintos de la discriminación en el trato de los productos que se constata que es incompatible con una de las obligaciones sustantivas del GATT de 1994. El Órgano de Apelación ha puesto de relieve que una constatación de que una medida es incompatible con una de las obligaciones de no discriminación del GATT de 1994, como las contenidas en los artículos I y III, no resuelve definitivamente la cuestión de si la medida da lugar a una "discriminación arbitrari[a] o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" en el sentido de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Sin embargo, esto no significa que las circunstancias, incluidos los hechos pertinentes, que dan lugar a la discriminación que se ha de examinar a tenor de la parte introductoria, no puedan ser las mismas que las que lleven a la constatación de infracción de una disposición sustantiva del GATT de 1994.⁷⁶⁵

7.551. El Órgano de Apelación ha indicado que, al evaluar una medida de conformidad con la parte introductoria del artículo XX, los grupos especiales deben comenzar por determinar si el diseño de la medida causa discriminación. Al responder a esa pregunta, los grupos especiales deben considerar si "países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente".⁷⁶⁶ Cuando es así, los grupos especiales deben proceder a analizar si la discriminación resultante es "arbitrari[a] o injustificable".

7.552. El Órgano de Apelación ha resuelto que, al examinar si las condiciones que prevalecen en los países entre los que supuestamente la medida discrimina son las mismas, solo deberían considerarse en el marco de la parte introductoria las condiciones que son *pertinentes* al efecto de establecer la existencia de discriminación arbitraria o injustificable a la luz del carácter específico de la medida en litigio y las circunstancias de un caso determinado.⁷⁶⁷ El Órgano de Apelación ha explicado que, para determinar cuáles de las condiciones que prevalecen en países diferentes son pertinentes en el contexto de la parte introductoria, el objetivo que se intenta alcanzar con la medida en litigio puede ofrecer un contexto pertinente.⁷⁶⁸ En otras palabras, las condiciones relativas al objetivo de política concreto que intenta alcanzar la medida en litigio son pertinentes para el análisis en el marco de la parte introductoria. Según la naturaleza específica de la medida y las circunstancias específicas del caso, las disposiciones del GATT de 1994 con las que una medida ha sido declarada incompatible también pueden proporcionar una orientación útil sobre la cuestión de cuáles de las condiciones que prevalecen en países diferentes son pertinentes en el contexto de la parte introductoria. Concretamente, el tipo o la causa de la infracción cuya existencia se ha

⁷⁶¹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.296.

⁷⁶² Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.302.

⁷⁶³ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.297.

⁷⁶⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 150. (las cursivas figuran en el original)

⁷⁶⁵ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.298.

⁷⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 165.

⁷⁶⁷ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.299.

⁷⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 227.

constatado pueden informar la determinación de qué países habría que comparar en lo que respecta a las condiciones que prevalezcan en ellos.⁷⁶⁹

7.553. Uno de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable es la cuestión de si la discriminación puede conciliarse o tiene una relación racional con el objetivo de política con respecto al cual la medida ha sido justificada provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX. El Órgano de Apelación ha explicado que este análisis "debe centrarse en la causa de la discriminación, o los fundamentos expuestos para explicar su existencia".⁷⁷⁰

7.554. Las partes coinciden en general sobre los elementos de la prueba jurídica establecida en la parte introductoria, pero no están de acuerdo en cuanto a su aplicación a los hechos de la presente diferencia. Antes de examinar los argumentos de las partes, recordamos que esta diferencia implica alegaciones y argumentos sobre la discriminación formulados al amparo tanto del GATT de 1994 como del Acuerdo OTC. El Grupo Especial ha hecho ya varias constataciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Algunas de ellas (ya sean constataciones fácticas o jurídicas) -en particular, las relativas a si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún modificada es imparcial y, por lo tanto, deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima- son pertinentes para la evaluación que este Grupo Especial está obligado a hacer de conformidad con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. En este contexto, el Grupo Especial hace las siguientes observaciones de carácter general sobre la relación entre el análisis en el marco del artículo XX del GATT de 1994 y en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC sobre la base de jurisprudencia reciente del Órgano de Apelación acerca de esta cuestión.

7.7.3.2 Relación entre la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

7.555. Como explicamos en nuestro examen de la prueba jurídica establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación ha dicho que, al evaluar si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los grupos especiales deben *tener en cuenta* si el reglamento técnico en litigio se "apli[ca] en una forma tal que constituya[...] un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional".⁷⁷¹ Señalamos que este texto es idéntico al de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. No obstante, explicamos que, en nuestra opinión, la cuestión de si el efecto perjudicial deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y la cuestión conexa de si el reglamento técnico es "imparcial", es *más amplia* que la cuestión de si el reglamento técnico se ha diseñado o se aplica en una forma tal que constituye una discriminación arbitraria o injustificada o una restricción encubierta del comercio internacional. Esta última cuestión es *una manera* en que puede demostrarse la primera, pero una medida puede ser no imparcial a los efectos del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC incluso si *no* se ha diseñado ni se aplica en forma que sea arbitraria o injustificadamente discriminatoria o una restricción encubierta del comercio internacional.

7.556. Como el concepto de "imparcialidad" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es más amplio que el concepto de discriminación arbitraria e injustificable y restricción encubierta al comercio internacional de la parte introductoria del artículo XX, los grupos especiales pueden no dar por supuesto que una constatación de infracción del párrafo 1 del artículo 2 implica necesaria o automáticamente o exige una constatación de infracción de la parte introductoria. Por ejemplo, cuando un grupo especial ha constatado que una medida no es imparcial por alguna razón *distinta de* que la medida se ha diseñado o se aplica en una forma tal que constituye una discriminación arbitraria o injustificada o una restricción encubierta del comercio, será necesario que ese grupo especial, si se le presenta una defensa al amparo del artículo XX del GATT de 1994, realice un análisis independiente para determinar si la medida es arbitraria e injustificablemente discriminatoria, *además* de ser parcial por la razón o las razones dadas en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

⁷⁶⁹ Informes del Órgano de Apelación, CE - *Productos derivados de las focas*, párrafo 5.300.

⁷⁷⁰ Informes del Órgano de Apelación, CE - *Productos derivados de las focas*, párrafo 5.303.

⁷⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 94; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 213.

7.557. No obstante, tendemos a pensar que, cuando un grupo especial ha analizado la imparcialidad en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC usando como lente la frase "apli[cada] en forma tal que constituya[...] un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional" o utilizando el marco analítico que proporciona esa frase, puede ser apropiado basarse en ese razonamiento en el contexto de la evaluación de la compatibilidad de una medida con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Dicho de otro modo, cuando un grupo especial ha constatado, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que una medida no es imparcial *precisamente porque* se "apli[ca] en forma tal que constituy[e] un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional", será en general apropiado que ese grupo especial utilice el razonamiento en que se basa esa constatación en su análisis en el marco de la parte introductoria.

7.558. En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación reprochó al Grupo Especial que hubiera incorporado automáticamente su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX.⁷⁷² No obstante, en nuestra opinión la resolución del Órgano de Apelación no implica la afirmación de que un grupo especial *nunca* puede basarse en sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el contexto de la parte introductoria del artículo XX. En lugar de ello, tal como lo entendemos, el error del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Productos derivados de las focas* fue suponer que una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, que puede implicar el análisis de factores ajenos al análisis realizado en el marco del artículo XX (ya que puede implicar el análisis de factores distintos -o que vayan más allá- de si la medida es arbitrariamente o injustificadamente discriminatoria o una restricción encubierta del comercio), da automáticamente lugar a una infracción de esa última disposición. Lo que exigía el Órgano de Apelación es que los grupos especiales *justificaran* su utilización de las constataciones formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el contexto de la parte introductoria, demostrando, por ejemplo, que su análisis de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 se basaba totalmente en la cuestión de si la medida se aplicaba en forma tal que constituía un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalecían las mismas condiciones o una restricción encubierta del comercio internacional. Cuando es así, no nos parece que haya en el razonamiento del Órgano de Apelación nada que indique que un grupo especial no puede aplicar aspectos pertinentes del razonamiento que ha elaborado en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC a su análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

7.559. Se recordará que, en el presente procedimiento, los argumentos de México relativos a la falta de imparcialidad de la medida sobre el atún modificada partieron totalmente de la premisa de que diversos aspectos de esa medida discriminan arbitraria e injustificablemente contra los productos de atún mexicanos. Además, las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes no derivaban exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima se basaron todas ellas en la conclusión de que esos aspectos son arbitrariamente discriminatorios porque no pueden conciliarse con el objetivo de la medida sobre el atún modificada. Análogamente, nuestra constatación de que los criterios de admisibilidad *sí* derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima se basó en el hecho de que esa distinción era plenamente justificable dados los objetivos de la medida.

7.560. Por lo tanto, consideramos que es apropiado que nos basemos en el razonamiento que elaboramos en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 en el curso de nuestro análisis en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Pasamos ahora a ese último análisis.

7.7.3.3 Aplicación

7.7.3.3.1 Argumentos de las partes

7.561. Los Estados Unidos aducen que la medida sobre el atún modificada se aplica en forma compatible con la parte introductoria del artículo XX. Según ese país, los criterios de admisibilidad según la medida sobre el atún modificada son los mismos para todo el atún -es decir, son

⁷⁷² Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.310.

neutrales en cuanto a la nacionalidad-. Cualquier producto de atún que contenga atún capturado mediante lances sobre delfines no reúne las condiciones para llevar la etiqueta -la nacionalidad del buque (o la empresa de transformación) no es pertinente-.⁷⁷³ Los Estados Unidos ponen de relieve que, si un producto de atún reúne las condiciones para llevar la etiqueta *dolphin safe* depende de las elecciones que hagan los propietarios, las empresas de explotación y los capitanes de los buques.⁷⁷⁴

7.562. Los Estados Unidos aducen también que, en cualquier caso, las condiciones de la admisibilidad en relación con los lances sobre delfines no son arbitrarias ni injustificadas. Para los Estados Unidos, no cabe duda de que las dos condiciones de la admisibilidad pertinentes (es decir, que el atún no fuera capturado mediante lances sobre delfines y que el atún no fuera capturado en un lance u otro empleo de artes en que se diera muerte o se hiriera gravemente a delfines) tienen una relación racional con el objetivo de política de conservación de los delfines, porque proporcionan a los consumidores la información necesaria para garantizar que el mercado estadounidense de atún no funcione de manera que aliente métodos de pesca que dañan a delfines.⁷⁷⁵

7.563. Según los Estados Unidos, "[d]ifícilmente puede cuestionarse si la primera condición de la admisibilidad [es decir, la exclusión del atún capturado mediante lances sobre delfines] tiene una relación racional con el objetivo" de proteger a los delfines.⁷⁷⁶ Además, los Estados Unidos aducen que, como otros métodos de pesca que producen atún para el mercado estadounidense no causan el mismo nivel de daño a los delfines que los lances sobre esos animales, tratarlos de manera diferente no es incompatible con la parte introductoria del artículo XX. Por lo tanto, a juicio de los Estados Unidos, la condición de la admisibilidad de no efectuar lances sobre delfines tiene una relación racional con el objetivo de la medida.⁷⁷⁷

7.564. Los Estados Unidos aducen también que la medida sobre el atún modificada no se aplica en forma tal que constituye una restricción encubierta del comercio. Aducen que han demostrado que los lances sobre delfines son un método de pesca "especialmente dañino" y que otros métodos de pesca no causan a los delfines el mismo nivel de daño que los lances sobre delfines.⁷⁷⁸ Los Estados Unidos señalan que, cuando la medida sobre el atún inicial se adoptó, afectó mucho a la rama de producción estadounidense -por lo tanto, no se trataba de una medida que hubiera podido proteger la producción de atún estadounidense o que la protegió de hecho-. Además, la medida sobre el atún modificada se aplica al atún procedente de todos los Miembros, incluidos los Estados Unidos, con independencia del origen o la nacionalidad. Por consiguiente, la medida sobre el atún modificada claramente no es una restricción encubierta del comercio internacional.⁷⁷⁹

7.565. En respuesta al argumento de México de que los Estados Unidos han procedido de manera arbitraria e injustificablemente discriminatoria al no actuar por conducto del APICD para "abordar el resto de sus preocupaciones sobre los delfines y la pesca de atún"⁷⁸⁰, los Estados Unidos ponen de relieve que un Miembro puede adoptar medidas "a los niveles que considere apropiados" y que nada en los acuerdos abarcados exige que los Miembros se adhieran a un acuerdo internacional, lo que es confirmado por el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁷⁸¹

7.566. En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos sostienen que las supuestas diferencias en las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación planteadas por México no son pertinentes para el análisis del Grupo Especial en el marco del artículo XX. Los Estados Unidos aducen que, en primer lugar, México no ha alegado, y mucho menos demostrado, que esas prescripciones den lugar a un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos. En segundo lugar, esas prescripciones *derivan del APICD*, no de la legislación estadounidense, y, por lo tanto, no existe ninguna relación auténtica entre la medida modificada y cualquier desventaja que México sufra, según alega, frente a otros Miembros que venden atún o productos de atún en el mercado estadounidense de atún. En tercer lugar, las "condiciones que

⁷⁷³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 332.

⁷⁷⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 333.

⁷⁷⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 336.

⁷⁷⁶ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 337.

⁷⁷⁷ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 339 y 340.

⁷⁷⁸ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 213.

⁷⁷⁹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 342.

⁷⁸⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 338.

⁷⁸¹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 219 y 220.

prevalecen" en lo relativo a las prescripciones no son las mismas, es decir, la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es distinta de otras pesquerías.⁷⁸²

7.567. México rechaza los argumentos de los Estados Unidos y sostiene que ese país no ha demostrado que la medida sobre el atún modificada respete los requisitos de la parte introductoria del artículo XX.

7.568. México aduce que en la parte introductoria del artículo XX se dispone que los Miembros en cuyo territorio prevalezcan las mismas condiciones deben recibir un trato similar. A juicio de México, las condiciones que prevalecen en el PTO son iguales, por lo que se refiere a los riesgos para los delfines, a las existentes en todas las demás pesquerías. En opinión de México, se da muerte y se hiere gravemente a delfines en todas las pesquerías de atún, y el riesgo de que el atún sea capturado de manera que tenga efectos perjudiciales para los delfines existe por igual en todos los océanos y en relación con todos los métodos de pesca. Por consiguiente, a juicio de México, la medida sobre el atún modificada trata la misma situación de manera diferente, infringiendo así lo dispuesto en la parte introductoria.⁷⁸³

7.569. México sostiene que la medida sobre el atún modificada se ha diseñado y se aplica de manera que da lugar a discriminación. Según ese país, la aplicación de la medida sobre el atún modificada sigue discriminando *de facto* contra los productos de atún mexicanos porque la falta de acceso a la ventaja que constituye la etiqueta *dolphin safe* de los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense. En opinión de México, en la medida sobre el atún modificada no hay nada que reduzca o minimice el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos importados que causa la distinción reglamentaria aplicada en la medida sobre el atún inicial. En lugar de ello, las diferencias en las condiciones y prescripciones del etiquetado siguen siendo esencialmente las mismas y, como consecuencia, los productos de atún originarios de México siguen siendo excluidos en la práctica del mercado estadounidense.⁷⁸⁴

7.570. México aduce también que esta discriminación queda claramente demostrada por las tres condiciones y prescripciones del etiquetado contenidas en la medida sobre el atún modificada que México identificó anteriormente en relación con la distinción reglamentaria pertinente en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, a saber: la exclusión de los lances sobre delfines conformes con el APICD como un método de pesca que pueda utilizarse para capturar atún en el PTO de manera inocua para los delfines y la admisión de otros métodos de pesca para capturar atún de manera inocua para los delfines; las prescripciones en materia de certificación diferentes para el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO y para el atún capturado fuera del PTO por grandes buques de cerco y otros buques; y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes para el atún capturado en el PTO por grandes buques de cerco y para el atún capturado fuera del PTO por grandes buques de cerco y otros buques.⁷⁸⁵ México aduce que, debido a cada una de estas tres condiciones y prescripciones del etiquetado, se niega a los productos de atún mexicanos el acceso a la etiqueta estadounidense *dolphin safe* mientras que se permite utilizar la etiqueta a otros países que producen todos ellos, por lo menos, algunos productos de atún que pueden contener atún capturado fuera del PTO de manera que causa efectos perjudiciales en los delfines.⁷⁸⁶

7.571. Por último, México pone de relieve que uno de los objetivos de política que trata de alcanzar la medida sobre el atún modificada es proporcionar a los consumidores información exacta sobre la condición *dolphin safe* del atún contenido en los productos de atún en el mercado estadounidense. No obstante, según México, la medida sobre el atún modificada hace precisamente lo contrario ya que las tres condiciones y prescripciones del etiquetado establecidas de conformidad con la medida sobre el atún modificada proporcionan a los consumidores información fiable y objetiva sobre la condición *dolphin safe* del atún capturado dentro del PTO,

⁷⁸² Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 207-210.

⁷⁸³ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 319.

⁷⁸⁴ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 323.

⁷⁸⁵ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 324.

⁷⁸⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 325.

pero proporcionan información intrínsecamente no fiable y no verificable sobre la condición *dolphin safe* del atún capturado fuera del PTO.⁷⁸⁷

7.7.3.3.2 Análisis realizado por el Grupo Especial

7.572. El Grupo Especial examina ahora si los Estados Unidos han demostrado que la medida sobre el atún modificada, y en particular los tres aspectos impugnados de esa medida que son incompatibles con los artículos I y III del GATT de 1994 pero están justificados provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX de ese Acuerdo, se aplican en forma tal que constituyen un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional.

7.7.3.3.2.1 Discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalecen las mismas condiciones

7.573. Los Estados Unidos alegan que la medida sobre el atún modificada no efectúa ninguna discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones porque las condiciones pertinentes en lo relativo a la protección de los delfines no son las mismas en todas las pesquerías del mundo; los Estados Unidos agregan que, si hay discriminación resultante de su medida, esa discriminación está justificada y no es arbitraria.

7.574. Según la parte introductoria, solo hay discriminación cuando "países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente".⁷⁸⁸ Así pues, necesitamos examinar si la medida sobre el atún modificada discrimina entre países en que existen las mismas condiciones.

Criterios de admisibilidad

7.575. El primer aspecto de la medida sobre el atún modificada examinado por las partes son los criterios de admisibilidad. Recordamos que la condición de la admisibilidad en lo relativo a los lances sobre delfines es aplicable a todo el atún, con independencia de dónde haya sido capturado. Ningún producto de atún que contiene atún capturado mediante lances sobre delfines reúne las condiciones para utilizar la etiqueta, con independencia de la pesquería, la nacionalidad del buque y la nacionalidad de la empresa de transformación. Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que esta disposición no contempla una excepción por la que los productos de determinados Miembros tengan automáticamente derecho a un trato reglamentario distinto, como ocurría en el caso de las medidas impugnadas en los asuntos *Brasil - Neumáticos recauchutados* y *CE - Productos derivados de las focas*.⁷⁸⁹

7.576. Los Estados Unidos insisten en que su medida sobre el atún modificada es "neutral" y sostienen que si un producto de atún reúne las condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe* depende de las elecciones hechas por los propietarios, las empresas de explotación y los capitanes de los buques.⁷⁹⁰ Como se dijo extensamente tanto en el procedimiento inicial como ante este Grupo Especial, hay muchas maneras de capturar atún. Los lances sobre delfines son una de esas maneras, pero no la única. Los Estados Unidos sostienen que, incluso en la pesquería de buques

⁷⁸⁷ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 336.

⁷⁸⁸ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.303 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 165).

⁷⁸⁹ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.316 (donde se considera que el diferente trato reglamentario es la prohibición de los productos derivados de las focas procedentes de "cacerías con fines comerciales" en el Canadá y Noruega y la admisión de los productos derivados de las focas procedentes de comunidades indígenas en Groenlandia); e informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 226-233 (donde se examina la excepción del Mercosur).

⁷⁹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 333 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.333 ("[L]a elección que tenían que hacer las flotas de los Estados Unidos, de México y de otros orígenes era la misma y ... la flota estadounidense y las otras flotas que pescaban en el PTO podían también haber optado por continuar los lances sobre delfines en el PTO en las condiciones establecidas en el APICD ... A ese respecto, la situación creada por las medidas era la misma para ambas flotas.")).

de cerco del PTO, la mayor parte de los lances realizados por grandes buques de cerco no son lances sobre delfines.⁷⁹¹

7.577. Señalamos que la medida sobre el atún modificada no impone un trato reglamentario diferente de los países. La principal distinción reglamentaria de la medida sobre el atún modificada no se refiere a los países sino a los distintos métodos de pesca: por consiguiente, es *el método de pesca* consistente en lances sobre delfines -considerado especialmente dañino para los delfines porque implica necesariamente la caza de delfines para encontrar y capturar atún- lo que se regula de manera diferente y más rigurosa que otros métodos de pesca. Además, si un producto de atún contiene atún capturado durante un lance u otro empleo de artes en que se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín, ese producto de atún no reúne las condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*, con independencia del método de pesca utilizado. Esta última prescripción de admisibilidad se aplica a todo el atún, con independencia del lugar o la manera en que fue capturado. Por lo tanto, esas condiciones de la admisibilidad no distinguen entre los Miembros, ni siquiera entre las pesquerías, sino entre los métodos de pesca. En este contexto, los Estados Unidos indican que la "condición" más apropiada que debe examinarse en el presente análisis son los daños diferentes causados a los delfines por los lances sobre delfines, por una parte, y por la pesca con redes de cerco (sin lances sobre delfines), con palangre y con cañas y líneas, por la otra. Estamos de acuerdo.

7.578. Como explicamos más arriba, el Órgano de Apelación constató en el procedimiento inicial que los criterios de admisibilidad no eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.⁷⁹² Recordamos también que hay superposiciones entre la prueba establecida en la parte introductoria del artículo XX y el segundo paso de la prueba establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación no se ocupó de la compatibilidad de los criterios de admisibilidad con la parte introductoria del artículo XX.⁷⁹³ No obstante, el Grupo Especial cree que las constataciones fácticas que hizo el Grupo Especial inicial y de las que tomó nota el Órgano de Apelación son pertinentes para la aplicación de la parte introductoria del artículo XX.

7.579. Como hemos explicado *supra*, en el procedimiento inicial el Grupo Especial constató que los Estados Unidos habían aportado pruebas suficientes para establecer la presunción de que los lances sobre delfines no solo causan daños observables, sino que también causan daños no observables a los delfines más allá de la muerte y las heridas graves. Esos daños se producen "como resultado de la propia caza" y pueden tener lugar incluso si, en realidad, no se da muerte ni se hiere gravemente a ningún delfín de manera que pueda percibirse durante la operación de pesca.⁷⁹⁴ Tal como lo entendemos, esta es la razón de que el Órgano de Apelación concluyera que los lances sobre delfines son "especialmente dañinos" para esos animales.⁷⁹⁵

7.580. El Grupo Especial inicial constató también que los efectos observados y no observados de los lances sobre delfines se "aborda[ba]n plenamente" en la medida inicial precisamente porque esta "priva[ba] a todos los productos de atún que cont[enían] atún capturado con ese método del acceso a la etiqueta '*dolphin safe*'"⁷⁹⁶ y declaró que, "en la medida en que no desalentaría esos efectos no observados de los lances sobre delfines ni sus posibles consecuencias para las poblaciones de delfines ..., la utilización de las prescripciones del APICD en materia de etiquetado ... podría proporcionar un menor grado de protección que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* vigentes".⁷⁹⁷

7.581. Aplicando esas constataciones fácticas en el presente asunto, el Grupo Especial no está convencido de que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causen los mismos

⁷⁹¹ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 92.

⁷⁹² Véanse los párrafos 7.126-7.135 *supra*.

⁷⁹³ Esto se debe a que el Grupo Especial inicial aplicó el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones de México al amparo del GATT -aplicación que el Órgano de Apelación consideró una infracción del artículo 11 del ESD-. No obstante, en último término, México no pidió al Órgano de Apelación que completara el análisis jurídico y, por consiguiente, este no formuló ninguna constatación sobre esta cuestión: véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 405 y 406.

⁷⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 246 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.504).

⁷⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 289.

⁷⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 287.

⁷⁹⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 7.613.

daños no observados o daños no observados similares. En lugar de ello, el Grupo Especial coincide con los Estados Unidos en que "*incluso si* hay pesquerías de atún que utilizan ... tipos de artes que producen el mismo número de muertes y heridas graves de delfines permitido o causado en el PTO ... simplemente *no* es cierto que esas pesquerías den lugar al mismo nivel de daños no observados, como la separación de madres y crías, daños musculares y fallos de los sistemas inmunitario y reproductivo, que aparecen como resultado de la propia caza".⁷⁹⁸

7.582. Como señalamos más arriba, la conclusión del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial no fue que la exclusión de los lances sobre delfines de por sí diera lugar a una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, sino que la medida sobre el atún inicial era incompatible con el Acuerdo sobre la OMC porque, aunque abordaba plenamente los daños resultantes de los lances sobre delfines, no se ocupaba lo suficiente de los daños causados a esos animales por otros métodos de pesca de atún. Al formular esa constatación el Órgano de Apelación no dijo, ni dio a entender siquiera, que los Estados Unidos debieran excluir todos los demás métodos de pesca del acceso a la etiqueta *dolphin safe*, como sugiere México en el presente procedimiento, o que los lances sobre delfines y otros métodos de pesca debieran ser regulados de la misma manera. Por el contrario, el Órgano de Apelación aceptó que, en principio, la legislación de la OMC permite a los Estados Unidos "adaptar" las prescripciones impuestas por la medida sobre el atún modificada en función de "la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las respectivas condiciones" de las distintas pesquerías.⁷⁹⁹ Y en la medida en que constató que los lances sobre delfines son "especialmente dañinos" para esos animales, reconoció implícitamente que los Estados Unidos no necesitan imponer los mismos criterios a todos los métodos de pesca a fin de garantizar que su régimen de etiquetado *dolphin safe* sea compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC:

Observamos además, que [el Grupo Especial] no afirmó en ninguna parte de su razonamiento que la imposición de un requisito de que un observador independiente certifique que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en el curso de las operaciones de pesca en las que se capturó el atún sería la *única* manera en que los Estados Unidos podrían adaptar sus disposiciones sobre el etiquetado "*dolphin safe*" en función de los riesgos que, según constató el Grupo Especial, planteaban las técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines. A este respecto, observamos que la propia medida en litigio prevé la posibilidad de que en determinadas circunstancias solo sea necesario que el capitán presente ese certificado.⁸⁰⁰

7.583. Ambas partes aducen que uno de los factores más importantes para determinar si la discriminación es "arbitraria o injustificable" es "si la discriminación puede conciliarse o está racionalmente relacionada con el objetivo de política respecto del cual, la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX".⁸⁰¹

7.584. Los objetivos pertinentes de la medida modificada son: i) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines y ii) contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines.⁸⁰² A nuestro juicio, los criterios de admisibilidad están racionalmente relacionados con el objetivo de protección de los delfines de la medida sobre el atún modificada. Como constató el Grupo Especial inicial, y tomó nota el Órgano de Apelación, los lances sobre delfines son un método de pesca "especialmente dañino", y otros métodos de pesca no causan los mismos tipos de daños no observados a los delfines que causan los lances sobre delfines.⁸⁰³ En nuestra opinión, el hecho de que otros métodos de pesca no causen el tipo de daños no observables que causan los lances sobre delfines significa que, por lo menos en la medida en que se trata de los criterios de admisibilidad, las condiciones que prevalecen en las pesquerías en que el atún se captura mediante lances sobre delfines y en las pesquerías en que no se utiliza ese método no son las mismas. Por consiguiente, a nuestro juicio, los criterios de admisibilidad están directamente

⁷⁹⁸ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 113. (no se reproducen las citas internas) (las cursivas figuran en el original)

⁷⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286.

⁸⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 296.

⁸⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.303.

⁸⁰² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 14.

⁸⁰³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 89-101 y 110-161.

relacionados con el objetivo de la medida modificada. Cualquier discriminación que estos (es decir, los criterios mencionados) causan está directamente conectada con el objetivo principal de la medida sobre el atún modificada y, por consiguiente, concluimos que ese aspecto de la medida no es incompatible con los requisitos de la parte introductoria.

7.585. Por las mismas razones, creemos también que los Estados Unidos han demostrado que los criterios de admisibilidad se aplican de manera que no constituye una restricción encubierta al comercio. Efectivamente, los lances sobre delfines son un método de pesca "especialmente dañino", y otros métodos de pesca no causan los mismos tipos de daños no observados a los delfines que los lances sobre esos animales⁸⁰⁴, aunque según el Órgano de Apelación pueden, en algunas circunstancias, causar los mismos tipos de daños observados. Los criterios de admisibilidad están en armonía con la razón de ser y el objetivo fundamentales de la medida sobre el atún modificada, es decir, contribuir a la protección de los delfines. Cualesquiera restricciones que causen están directamente conectadas con el objetivo principal de la medida sobre el atún modificada y, por lo tanto, no pueden considerarse "encubiertas". Por consiguiente, concluimos que este aspecto de la medida no es incompatible con los requisitos de la parte introductoria.

Prescripciones en materia de certificación diferentes

7.586. A juicio de México, el efecto de las prescripciones en materia de certificación diferentes es establecer "dos criterios distintos y en conflicto con respecto a la exactitud de la información sobre la condición *dolphin safe* del atún: un criterio en el caso del atún capturado dentro del PTO y un criterio separado y mucho menos exigente en el caso del atún capturado fuera del PTO".⁸⁰⁵ No obstante, dado que uno de los objetivos de la medida sobre el atún modificada es "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines"⁸⁰⁶, México concluye que el sistema de autocertificación por el capitán de la medida sobre el atún modificada "no tiene una conexión racional" y, de hecho, es "totalmente incompatible"⁸⁰⁷ e "irreconciliable"⁸⁰⁸, con los objetivos de la medida sobre el atún modificada, y, por consiguiente, la medida se aplica en forma tal que constituye una discriminación arbitraria, infringiendo así lo dispuesto en la parte introductoria.

7.587. En opinión de México, las diferencias en la naturaleza y el grado de riesgo que representan para los delfines los distintos métodos de pesca no explican ni justifican las prescripciones en materia de certificación diferentes. Según México, la medida sobre el atún modificada se ha diseñado de manera que excluya del acceso a la etiqueta todas y cada una de las capturas de atún en cuanto se dé muerte o se hiera gravemente a un solo delfín. Dado que todas las partes están de acuerdo en que se puede dar muerte o herir gravemente a delfines en *todas* las pesquerías, México concluye que todos los buques de pesca de atún deben llevar a bordo un observador independiente si los Estados Unidos desean asegurarse de que la medida sobre el atún modificada actúe para proporcionar a los consumidores información exacta y fiable sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún.

7.588. México impugna las prescripciones en materia de certificación diferentes sobre la base de que la autocertificación por el capitán "permite o exige a una parte privada perteneciente a la rama de producción que participe en la aplicación de [una ley] que afecta a los intereses comerciales de la propia parte".⁸⁰⁹ A juicio de México, hay "un incentivo financiero para que los capitanes declaren que el atún capturado por sus buques es '*dolphin safe*' y el correspondiente desincentivo financiero para que declaren qué atún capturado por sus buques no es *dolphin safe*" porque "si un capitán se abstuviera de certificar que cualquier atún capturado por su propio buque es *dolphin safe* ... el valor del atún disminuiría considerablemente".⁸¹⁰ Según México, las prescripciones en materia de certificación diferentes colocan a los capitanes ante "un conflicto intrínseco de intereses", porque "tienen un interés comercial y financiero creado en obtener la certificación *dolphin safe* para el atún que capturan". En opinión de México, esto crea "un riesgo

⁸⁰⁴ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 89-101 y 110-161.

⁸⁰⁵ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 193.

⁸⁰⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 3.

⁸⁰⁷ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 194.

⁸⁰⁸ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 195.

⁸⁰⁹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 177 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafos 7.902 y 7.904).

⁸¹⁰ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 181.

muy real de que se certifique indebidamente que el atún es *dolphin safe*", lo cual sería incompatible con los objetivos declarados de la medida sobre el atún modificada.⁸¹¹

7.589. Según México, el riesgo de que los capitanes hagan declaraciones "falsas"⁸¹², incorrectas o indebidas por otros motivos es agravado por el hecho de que "no hay salvaguardias en forma de sanciones jurídicas o mecanismos de observancia eficaces aplicables a los capitanes de buques de pesca que certifiquen de manera inexacta o indebida la condición *dolphin safe* del atún que capturan sus propios buques".⁸¹³ Por ello, México sostiene que "no hay incentivos para que se apliquen exacta y debidamente las prescripciones en materia de certificación *dolphin safe* en el caso del atún capturado fuera del PTO".⁸¹⁴

7.590. Los Estados Unidos rechazan las alegaciones de México y sostienen que los miembros de la CIAT acordaron el establecimiento de prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación diferentes porque el PTO es diferente -en ningún otro lugar del mundo ha causado la pesca de atún a los delfines el daño que les han causado los grandes buques de cerco en el PTO-. El número de delfines muertos en la pesquería de buques de cerco del PTO desde que esta comenzó a finales de los años cincuenta es el mayor conocido en cualquier pesquería.⁸¹⁵ A la luz de estos antecedentes únicos, las partes en el APICD llegaron a un acuerdo sobre prescripciones *únicas*, incluidas las prescripciones en materia de certificación que México insiste ahora en que los Estados Unidos deben exigirse a sí mismos y exigir a todos sus interlocutores comerciales, con independencia del lugar o la manera en que capturen el atún, para cumplir sus obligaciones en el marco de la OMC.

7.591. Como señalamos en el contexto de nuestro análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el argumento de México no es que los Estados Unidos deben *eliminar* las prescripciones en materia de certificación que existen en el PTO sino, a la inversa, que "es tanto apropiado como necesario que exista una prescripción en materia de observadores independientes para la pesca de atún fuera del PTO"⁸¹⁶ -y, de hecho, que sin imponer una prescripción en materia de observadores a los buques distintos de los grandes buques de cerco en el PTO, la medida sobre el atún modificada no puede ser "imparcial", como exige el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC-. Creemos que las pruebas y argumentos de las partes sobre la imparcialidad de la distinción reglamentaria prevista en el párrafo 1 del artículo 2 son también pertinentes para determinar si esos aspectos de la medida sobre el atún modificada imponen una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que existen las mismas condiciones, infringiendo así lo dispuesto en la parte introductoria del artículo XX. Por consiguiente, a lo largo de todo nuestro análisis de si los Estados Unidos han demostrado que sus prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación no se aplican en forma que constituya una discriminación injustificable y arbitraria entre los países en que prevalecen las mismas condiciones, hacemos referencia a las evaluaciones fácticas y jurídicas hechas en el curso de nuestro análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y utilizamos dichas evaluaciones.

7.592. En primer lugar, en el contexto de nuestro análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, nos convenció el argumento de los Estados Unidos de que los observadores son necesarios en los grandes buques de cerco en el PTO, pero pueden no serlo en otros buques que faenen en otras pesquerías debido a la naturaleza de las técnicas de pesca utilizadas por los grandes buques de cerco en el PTO, que implican esencialmente la caza y el cerco de numerosos delfines a lo largo de un dilatado período de tiempo. Esto significa que es necesario que haya a bordo una sola persona cuya función sea seguir el rastro de los delfines capturados durante la caza y/o los lances con redes de cerco.⁸¹⁷ Otros métodos de pesca utilizados en otros océanos pueden causar mortalidad y heridas graves de delfines -y, como reconocen los Estados Unidos, lo hacen- pero, como la naturaleza y el grado de la interacción son diferentes en términos cuantitativos⁸¹⁸ y

⁸¹¹ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 182. Véase también la primera comunicación escrita de México, párrafo 286.

⁸¹² Segunda comunicación escrita de México, párrafo 185.

⁸¹³ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 185.

⁸¹⁴ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 185.

⁸¹⁵ Tim Gerrodette, "The Tuna Dolphin Issue" en Perrin, Wursig y Thewissen (editores), *Encyclopedia of Marine Mammals* (segunda edición) (Elsevier: 2009), página 1192 (Estados Unidos - Prueba documental 29).

⁸¹⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 167.

⁸¹⁷ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 30 del Grupo Especial, párrafo 168.

⁸¹⁸ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 20 del Grupo Especial, párrafos 120 y 121; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 21 del Grupo Especial, párrafos 136-142.

cualitativos (porque los lances sobre delfines no se efectúan deliberadamente, y la interacción solo es accidental)⁸¹⁹, puede no haber necesidad de que haya a bordo una sola persona cuya única tarea sea vigilar la seguridad de los delfines durante el lance u otro empleo de artes.

7.593. A nuestro juicio, este argumento es suficiente para demostrar que mantener prescripciones en materia de certificación diferentes no equivale necesariamente a imponer una discriminación injustificable o arbitraria. No obstante, el hecho de que los Estados Unidos puedan tener derecho a aplicar prescripciones en materia de certificación diferentes al atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y al atún capturado en otras pesquerías no es decisivo para determinar si el sistema vigente en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO -certificaciones de los capitanes únicamente- es equilibrado y está justificado en el sentido de la parte introductoria del artículo XX. Examinamos ahora si el hecho de que la medida sobre el atún modificada recurra a las certificaciones de los capitanes en todas las pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO es compatible con la parte introductoria del artículo XX.

7.594. En el contexto de la aplicación por el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, señalamos que la alegación de México de que las prescripciones en materia de certificación diferentes no eran imparciales (y, por lo tanto, imponían una discriminación injustificada) se basaba en la premisa de que la autocertificación de los capitanes es "intrínsecamente no fiable" y "carece de sentido".⁸²⁰ México adujo dos razones para respaldar esa alegación: en primer lugar, que hay un incentivo financiero para que los capitanes certifiquen que su captura es *dolphin safe* incluso cuando no lo es, y la medida sobre el atún modificada no contiene ningún mecanismo para contrarrestar ese incentivo; y, en segundo lugar, que los capitanes no poseen los conocimientos técnicos necesarios para certificar adecuadamente que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines en un lance u otro empleo de artes determinado, y, por lo tanto, sus certificaciones no garantizan que el atún etiquetado como *dolphin safe* de hecho cumpla las prescripciones legislativas y reglamentarias.

7.595. En el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la argumentación de México sobre los incentivos económicos con que se enfrentan los capitanes no convenció al Grupo Especial. Este aceptó las pruebas presentadas por los Estados Unidos de que numerosas organizaciones y acuerdos regionales e internacionales recurren a las certificaciones de los capitanes y los cuadernos de bitácora, tanto para vigilar el cumplimiento de las prescripciones reglamentarias como como medio de reunir datos. El hecho de que numerosos regímenes nacionales, regionales e internacionales se basen en las autocertificaciones de los capitanes crea una fuerte presunción de que esas certificaciones son fiables. Las organizaciones regionales administradoras de pesquerías y otras pesquerías y organizaciones medioambientales son expertas en sus campos respectivos, y el hecho de que se hayan basado y continúen basándose en las certificaciones de los capitanes en diversas esferas relativas a la pesca y el medio ambiente indica de manera convincente que, en general estiman que esas certificaciones son fiables. El Grupo Especial consideró que esa aceptación era un hecho sumamente pertinente y probatorio.

7.596. El Grupo Especial no se convenció de que las pruebas presentadas por México fueran suficientes para refutar ese hecho. Los documentos presentados por México parecen indicar indudablemente que ha habido casos en que las certificaciones de los capitanes no han sido fiables. No obstante, México no demostró que existiera una práctica general según la cual los capitanes proporcionaban declaraciones falsas, en contra de sus obligaciones nacionales, regionales e internacionales. Como explicó el Grupo Especial, el hecho de que haya habido casos de certificaciones no fiables no es suficiente para llegar a la conclusión de que las declaraciones de los capitanes no son, como cuestión general de hecho y de derecho, suficientes para demostrar el cumplimiento de todos los tipos de reglamentaciones de pesca. Varios instrumentos internacionales dotan a los capitanes de múltiples funciones y obligaciones, y el Grupo Especial concluyó que pedir a los capitanes que lleven a cabo certificaciones *dolphin safe* fuera del PTO está justificado, por lo menos en principio.

⁸¹⁹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 20 del Grupo Especial, párrafos 120-125; y respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 22 del Grupo Especial, párrafos 147-149.

⁸²⁰ Primera comunicación escrita de México, párrafos 271, 285 y 295; y segunda comunicación escrita de México, párrafos 147, 172, 182, 188 y 193.

7.597. A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial constató que México no había demostrado que las certificaciones de los capitanes sean intrínsecamente no fiables porque existe un incentivo financiero para que los capitanes no informen con exactitud sobre la condición *dolphin safe* del atún capturado en un lance u otro empleo de artes determinado. Llegamos a la conclusión de que, en principio, puede considerarse que los capitanes son fiables cuando certifican el cumplimiento de las prescripciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*. A nuestro juicio, esto significa, en nuestro análisis actual, que los Estados Unidos han demostrado que pedir a los capitanes de embarcaciones que actúan fuera del PTO que proporcionen la misma certificación *dolphin safe* que se pide tanto al capitán como a un observador dentro del PTO no es necesariamente injustificable e incompatible con la parte introductoria del artículo XX.

7.598. No obstante, estuvimos de acuerdo con la segunda alegación de México de que los certificados de los capitanes pueden no ser fiables porque estos pueden no poseer los conocimientos técnicos necesarios para certificar con exactitud que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance o empleo de artes determinado.

7.599. Comparamos los tipos de tareas que se espera que realicen los observadores en el PTO y otros océanos con las que realizan habitualmente los capitanes. Esa comparación nos ayudó a comprender los tipos de aptitudes que son necesarios para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance u otro empleo de artes determinado.

7.600. Sobre la base de esas pruebas, concluimos que certificar si se dio muerte o se hirió gravemente a un delfín en un lance u otro empleo de artes determinado es una tarea sumamente compleja. El Grupo Especial consideró que era especialmente revelador que la propia medida sobre el atún modificada reconozca la necesidad de formación e instrucción a fin de dotar a las personas de los conocimientos técnicos necesarios para garantizar que puedan certificar debidamente la condición *dolphin safe* de una captura de atún.

7.601. Nuestro análisis de las pruebas también nos ayudó a comprender las competencias y las tareas que generalmente se esperan de los capitanes. Esas pruebas, incluidos los diversos tratados regionales e internacionales, indican que se espera en general de los capitanes que realicen una amplia diversidad de tareas a bordo de los buques que están bajo su mando. Tal como interpretamos las pruebas, se espera en general de los capitanes que tengan los conocimientos y la capacidad necesarios para realizar una gama de actividades que tiende a abarcar la certificación de la existencia de hechos que están bajo su control y/o de los que tienen conocimiento directo, por ejemplo, el puerto de entrada y de salida, las coordenadas, la fecha y la hora de un empleo de artes y el tipo de arte empleado.⁸²¹ En algunos casos, se espera también que los capitanes certifiquen las especies de pescado capturadas o la existencia de capturas incidentales de ballenas o pájaros.⁸²² No obstante, en nuestra opinión, esas tareas pueden ser bastante diferentes de las que implica la certificación de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines en lances u otros empleos de artes. Las pruebas arriba citadas parecen indicar que esta es una aptitud sumamente especializada, y ninguna de las pruebas que se nos han presentado da a entender que los capitanes (o, agregaríamos, cualquier otro miembro de la tripulación) posean siempre y necesariamente esas aptitudes.

7.602. En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que las prescripciones en materia de certificación diferentes no derivan exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque, en la medida en que no se puede dar por supuesto que los capitanes poseen las aptitudes necesarias para otorgar una certificación *dolphin safe* exacta, esta distinción hace más fácil que el atún no *dolphin safe* capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO sea etiquetado incorrectamente como *dolphin safe*, y ese etiquetado erróneo socavaría los objetivos generales de la medida sobre el atún modificada.

⁸²¹ Respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafos 194-196.
Observaciones de México sobre la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 37 del Grupo Especial, párrafos 130-134.

⁸²² Como hemos señalado *supra*, las pruebas que nos han sido presentadas indican que en un número muy reducido de jurisdicciones los capitanes pueden también estar obligados a efectuar certificaciones sobre las capturas incidentales de mamíferos marinos o se les faculta para que lo hagan, aunque la cantidad de detalles exigida y los mamíferos abarcados son diferentes de los de la medida sobre el atún modificada: véanse los párrafos 7.220-7.225 *supra*.

7.603. A nuestro juicio, y teniendo en cuenta nuestras constataciones arriba expuestas, no creemos que los Estados Unidos hayan demostrado que las prescripciones en materia de certificación diferentes no imponen una discriminación arbitraria o injustificable. Exigir certificaciones de los capitanes únicamente fuera del PTO no puede justificarse a menos que los Estados Unidos puedan explicar por qué creen que los capitanes poseen los conocimientos técnicos que precisan a fin de desempeñar las funciones necesarias para certificar el cumplimiento de los criterios del etiquetado *dolphin safe*. Los Estados Unidos no han explicado suficientemente cómo pueden los capitanes cumplir las obligaciones que lleva consigo la certificación para el acceso a la etiqueta *dolphin safe* ya que no parecen poseer los conocimientos técnicos específicos que necesitan para hacerlo debidamente.

7.604. El Grupo Especial constató también que las disposiciones relativas a las determinaciones de la medida sobre el atún modificada, que permiten al Administrador Adjunto efectuar ciertas determinaciones que tienen el efecto de activar una prescripción de observadores fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC (y los artículos I y III del GATT de 1994). Esta constatación se basó en el hecho de que esas determinaciones solo son posibles con respecto a determinadas pesquerías, y los Estados Unidos no habían explicado adecuadamente qué conexión racional tenía esa limitación con los objetivos que se trataba de alcanzar con la medida sobre el atún modificada.

7.605. A juicio del Grupo Especial, las constataciones que formulamos en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 se aplican con igual fuerza en el contexto de la parte introductoria del artículo XX. En la medida en que las prescripciones en materia de certificación diferentes no están justificadas por el objetivo de conservar a los delfines proporcionando a los consumidores información exacta sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún, constatamos que ese aspecto de la medida sobre el atún modificada es injustificable y arbitrariamente discriminatorio. Constatamos también que, contrariamente a lo que ocurre en el contexto de los criterios de admisibilidad, a los efectos de este elemento de la medida, las condiciones que prevalecen entre los Miembros son las mismas, porque se puede dar muerte o herir gravemente a delfines mediante todos los métodos de pesca en todos los océanos y, por consiguiente, es necesaria una certificación exacta con independencia de la pesquería determinada en que se capture el atún. Así pues, el Grupo Especial constata que las prescripciones en materia de certificación diferentes no se aplican en forma compatible con los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

Opinión separada de un integrante del Grupo Especial

7.606. Como expliqué en la sección 7.5.2.4.2.3 *supra*, las prescripciones en materia de certificación diferentes pueden justificarse cuando los riesgos en las distintas pesquerías son diferentes. A mi juicio, las condiciones existentes dentro del PTO no son las mismas que las que se dan en otras pesquerías. En mi opinión, los Estados Unidos han demostrado que las prescripciones diferentes en cuanto a *quién* debe otorgar una certificación *dolphin safe* tienen una conexión racional con los riesgos diferentes con que se enfrentan los delfines en distintas zonas y debido a distintos métodos de pesca porque esas prescripciones son "adaptadas" o proporcionadas de otra manera a esos riesgos. Por consiguiente, no estoy de acuerdo con la opinión mayoritaria expresada en el párrafo 7.603 *supra*. A mi juicio, exigir la presencia de observadores únicamente en el PTO no es arbitraria o injustificablemente discriminatorio, de manera contraria a los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

7.607. No obstante, en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, me sumé a la mayoría en la constatación de que los Estados Unidos no han explicado ni justificado la discriminación causada por las denominadas "disposiciones relativas a las determinaciones", que únicamente permiten al Administrador Adjunto efectuar ciertas determinaciones con respecto a determinadas pesquerías. Esas disposiciones limitan de manera injustificable la capacidad de la medida sobre el atún modificada de responder a situaciones en que los riesgos para los delfines son equivalentes a los que existen en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. En consecuencia, estoy de acuerdo con el razonamiento de la mayoría expuesto en el párrafo 7.605 y constataría que, por esa razón, los Estados Unidos no han conseguido demostrar que las prescripciones en materia de certificación diferentes no se aplican de manera que dé lugar a una discriminación arbitraria o injustificable.

Prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes

7.608. Pasamos por último a examinar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes impuestas por la medida sobre el atún modificada.

7.609. El Grupo Especial ha llegado ya a la conclusión de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes no son imparciales en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque causan un efecto perjudicial que los Estados Unidos no han justificado sobre la base de los objetivos que se trata de alcanzar con la medida sobre el atún modificada. En nuestra opinión, las circunstancias que dieron lugar a la infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC dan también lugar a una discriminación arbitraria e injustificable de conformidad con la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994. Nuestras razones son las siguientes.

7.610. En nuestras constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, llegamos a la conclusión de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes imponen una carga más ligera en el caso del atún capturado en lugares distintos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. También consideramos válidos los argumentos de México de que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación menos rigurosas impuestas fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO pueden hacer más probable que el atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco sea etiquetado incorrectamente como *dolphin safe*, aunque no consideramos necesario formular una constatación definitiva sobre ese punto. En el contexto del presente análisis, el Grupo Especial está de acuerdo con México en que la menor carga impuesta en el caso del atún capturado en lugares distintos de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO no está racionalmente relacionada con el objetivo de la medida sobre el atún modificada de conservar a los delfines proporcionando a los consumidores información sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún. Además, en tanto en cuanto las prescripciones diferentes pueden hacer más fácil que el atún capturado por medios distintos de los grandes buques de cerco en el PTO sea etiquetado incorrectamente -cuestión sobre la cual no formulamos una constatación definitiva- esto sería también incompatible con el objetivo de la medida de proporcionar información exacta a los consumidores. A juicio del Grupo Especial, los Estados Unidos no han proporcionado ninguna explicación de la manera en que ese trato diferenciado está relacionado con, y aún menos justificado por, los objetivos que trata de alcanzar la medida sobre el atún modificada, es decir, proporcionar información exacta a los consumidores a fin de conservar a los delfines.

7.611. Por ello, el Grupo Especial concluye que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se aplican en forma que constituye una discriminación injustificable y arbitraria, contraria a lo dispuesto en la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

7.7.3.3.2 Restricción encubierta al comercio internacional

7.612. México aduce que la medida sobre el atún modificada se aplica en forma que constituye una restricción encubierta al comercio internacional. Para los Estados Unidos, la medida se adoptó en un momento en que afectaba a la rama de producción estadounidense -no era una medida que protegiera la producción de los Estados Unidos-. Y la etiqueta *dolphin safe* está disponible con independencia de la nacionalidad del buque de pesca o del origen del producto. México afirma que los Estados Unidos efectúan una discriminación arbitraria e injustificable al no actuar por conducto del APICD para "atender las preocupaciones que siguen abrigando acerca de los delfines y la pesca de atún".⁸²³ Los Estados Unidos responden que han celebrado negociaciones multilaterales con México por conducto del proceso del APICD.

7.613. A este Grupo Especial le parece que los Estados Unidos y México llevan varios años debatiendo la cuestión del atún y los delfines. Sin embargo, no es necesario decidir si la medida sobre el atún modificada se aplica en forma que constituye una restricción encubierta al comercio internacional. Esto es así porque ya constatamos que los Estados Unidos no han podido demostrar que determinados aspectos de la medida sobre el atún modificada no se apliquen en forma que constituya una discriminación arbitraria o injustificable. No es necesario que examinemos si esos mismos aspectos de la medida sobre el atún modificada constituyen una restricción encubierta al comercio internacional.

⁸²³ Primera comunicación escrita de México, párrafos 337-339.

8 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1. México formuló alegaciones con respecto a determinados aspectos de la medida sobre el atún modificada de los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

8.2. Con respecto a las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial concluye que:

- a. los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada no dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país y, por lo tanto, son compatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC;
- b. las prescripciones en materia de certificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC; y
- c. las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada dan al atún y los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares procedentes de los Estados Unidos y a los productos similares originarios de cualquier otro país, infringiendo así lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

8.3. Con respecto a las alegaciones formuladas por México al amparo del GATT de 1994, el Grupo Especial concluye que:

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

8.4. Con respecto a la defensa de los Estados Unidos al amparo del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial constata que:

- a. los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada están justificados provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX;
- b. las prescripciones en materia de certificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada están justificadas provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX; y

- c. las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes que figuran en la medida sobre el atún modificada están justificadas provisionalmente al amparo del apartado g) del artículo XX.

8.5. Con respecto a la cuestión de si los aspectos impugnados de la medida sobre el atún modificada cumplen los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, el Grupo Especial concluye que:

- a. los criterios de admisibilidad que figuran en la medida sobre el atún modificada se aplican de manera que cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994;
- b. las prescripciones en materia de certificación diferentes se aplican de manera que no cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994; y
- c. las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se aplican de manera que no cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

8.6. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, recomendamos que el Órgano de Solución de Diferencias solicite a los Estados Unidos que pongan su medida, que hemos constatado que es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y que no está justificada al amparo del artículo XX del GATT de 1994, en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo OTC y el GATT de 1994.
