



14 de abril de 2015

(15-1970)

Página: 1/97

Original: inglés

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

RECURSO DE MÉXICO AL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESD

INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

Addendum

La presente adición contiene los anexos A a C del informe del Grupo Especial, que figura en el documento WT/DS381/RW.

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

ANEXO A

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

Adoptado el 19 de febrero de 2014

1. En sus actuaciones el Grupo Especial seguirá las disposiciones pertinentes del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). Se aplicará además el Procedimiento de trabajo que se expone a continuación.

Aspectos generales

2. Las deliberaciones del Grupo Especial, y los documentos que se hayan sometido a su consideración, tendrán carácter confidencial. Ninguna de las disposiciones del ESD ni del presente Procedimiento de trabajo impedirá a una parte en la diferencia (en adelante, "parte") hacer públicas sus posiciones. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al Grupo Especial por otro Miembro a la que este haya atribuido tal carácter. Cuando una parte presente una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al Grupo Especial, también facilitará, a petición de cualquier Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público.

3. El Grupo Especial se reunirá a puerta cerrada. Las partes y los Miembros que hayan notificado al Órgano de Solución de Diferencias su interés en la diferencia de conformidad con el artículo 10 del ESD (en adelante, "terceros") solo estarán presentes en las reuniones cuando el Grupo Especial los invite a comparecer.

4. Cada parte y cada tercero tienen derecho a determinar la composición de su propia delegación en las reuniones con el Grupo Especial. Cada parte y cada tercero serán responsables de todos los miembros de su propia delegación y se asegurarán de que cada miembro de dicha delegación actúe de conformidad con el ESD y con el presente Procedimiento de trabajo, en particular en lo que respecta a la confidencialidad de las actuaciones.

Comunicaciones

5. Antes de celebrarse la reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, cada parte presentará al Grupo Especial una primera comunicación escrita y, posteriormente, una réplica escrita, en las que exponga los hechos del caso y sus argumentos, y sus argumentos en contrario, respectivamente, con arreglo al calendario adoptado por el Grupo Especial.

6. Una parte presentará cualquier solicitud de resolución preliminar en la primera oportunidad que tenga para hacerlo y, en cualquier caso, a más tardar en su primera comunicación escrita al Grupo Especial. Si México solicita tal resolución, los Estados Unidos responderán a la solicitud en su primera comunicación escrita. Si la solicitan los Estados Unidos, México presentará su respuesta a la solicitud antes de la reunión sustantiva del Grupo Especial, en un momento que determinará el Grupo Especial a la luz de la solicitud. Se admitirán excepciones a este procedimiento previa justificación suficiente.

7. Cada una de las partes presentará al Grupo Especial todas las pruebas fácticas en el curso de la reunión sustantiva a más tardar, salvo en lo que respecta a las pruebas necesarias a efectos de las réplicas, las respuestas a preguntas o las observaciones sobre las respuestas dadas por la otra parte. Se admitirán excepciones a este procedimiento previa justificación suficiente. Cuando se admita tal excepción, el Grupo Especial concederá a la otra parte un plazo para que formule observaciones, según proceda, sobre cualquier nueva prueba fáctica presentada después de la reunión sustantiva.

8. Cuando una parte aporte pruebas documentales en un idioma original que no sea aquel en que redacte sus comunicaciones escritas, presentará también una traducción de esas pruebas al idioma en que haya redactado las comunicaciones. El Grupo Especial podrá conceder prórrogas

prudenciales para la traducción de tales pruebas documentales previa justificación suficiente. Cualquier objeción en cuanto a la exactitud de una traducción deberá plantearse sin demora por escrito. Las objeciones irán acompañadas de una explicación detallada de los motivos de la objeción y de una traducción alternativa.

9. Para facilitar el mantenimiento del expediente de la diferencia y dar la máxima claridad posible a las comunicaciones, las partes y los terceros numerarán consecutivamente sus pruebas documentales durante todo el curso del procedimiento sobre el cumplimiento. Por ejemplo, las pruebas documentales presentadas por México podrían numerarse México - Prueba documental 1, México - Prueba documental 2, etc. Si la última prueba documental presentada en relación con la primera comunicación fue numerada México - Prueba documental 5, la primera prueba documental de su siguiente comunicación se numeraría México - Prueba documental 6. La primera vez que una parte o un tercero presente al Grupo Especial una prueba documental que se corresponda con otra presentada en el procedimiento del Grupo Especial inicial, también identificará el número de la que se presentó en ese procedimiento.

Preguntas

10. El Grupo Especial podrá en cualquier momento formular preguntas a las partes y los terceros, oralmente en el curso de la reunión sustantiva o por escrito.

Reunión sustantiva

11. Cada parte facilitará al Grupo Especial la lista de los miembros de su delegación antes de la reunión con el Grupo Especial y a más tardar a las 18 h del día hábil anterior.

12. La reunión sustantiva del Grupo Especial se desarrollará como sigue:

- a. El Grupo Especial invitará a México a formular una declaración inicial a fin de que presente sus alegaciones en primer lugar. Posteriormente, el Grupo Especial invitará a los Estados Unidos a exponer su opinión al respecto. Antes de hacer uso de la palabra, cada parte facilitará al Grupo Especial y a los demás participantes en la reunión una versión escrita provisional de su declaración. En caso de que se requiera interpretación, cada parte facilitará copias adicionales a los intérpretes. Cada parte pondrá a disposición del Grupo Especial y de la otra parte la versión definitiva de su declaración, de preferencia al final de la reunión y, en cualquier caso, no más tarde de las 18 h del primer día hábil posterior a la reunión.
- b. Una vez concluidas las declaraciones, el Grupo Especial dará a cada parte la oportunidad de formular preguntas o hacer observaciones a través del Grupo Especial. Cada parte enviará por escrito, en un plazo que determinará el Grupo Especial, cualquier pregunta a la otra parte respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada parte a responder por escrito a las preguntas de la otra parte en el plazo que determine el Grupo Especial.
- c. Seguidamente, el Grupo Especial podrá formular preguntas a las partes. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine, cualquier pregunta a las partes respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada parte a responder por escrito a esas preguntas en el plazo que determine el Grupo Especial.
- d. Una vez finalizadas las preguntas, el Grupo Especial concederá a cada parte la oportunidad de formular una breve declaración final, que México formulará en primer lugar.

Terceros

13. El Grupo Especial invitará a cada tercero a presentarle una comunicación escrita antes de celebrarse la reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial.

14. Se invitará además a cada tercero a exponer oralmente sus opiniones durante una sesión de la reunión sustantiva reservada para tal fin. Cada tercero facilitará al Grupo Especial la lista de los miembros de su delegación antes de esa sesión y, a más tardar, a las 18 h del día hábil anterior.

15. La sesión destinada a los terceros se desarrollará como sigue:

- a. Todos los terceros podrán estar presentes durante la totalidad de esta sesión.
- b. El Grupo Especial escuchará en primer lugar los argumentos de los terceros en orden alfabético. Los terceros presentes en la sesión destinada a los terceros y que tengan la intención de exponer sus opiniones oralmente en esa sesión facilitarán al Grupo Especial, a las partes y a los demás terceros versiones escritas provisionales de sus declaraciones antes de hacer uso de la palabra. Los terceros pondrán a disposición del Grupo Especial, de las partes y de los demás terceros la versión definitiva de sus declaraciones, de preferencia al final de la sesión y, en cualquier caso, no más tarde de las 18 h del primer día hábil posterior a la sesión.
- c. Después de que los terceros hayan formulado sus declaraciones, podrá darse a las partes la oportunidad de formular, a través del Grupo Especial, preguntas a los terceros para aclarar cualquier cuestión planteada en las comunicaciones o declaraciones de los terceros. Cada parte enviará por escrito, en el plazo que determine el Grupo Especial, cualquier pregunta a un tercero respecto de la que desee recibir una respuesta escrita.
- d. A continuación, el Grupo Especial podrá formular preguntas a los terceros. El Grupo Especial enviará por escrito, en el plazo que determine, cualquier pregunta a los terceros respecto de la que desee recibir una respuesta escrita. Se invitará a cada tercero a responder por escrito a esas preguntas en el plazo que determine el Grupo Especial.

Parte expositiva

16. La exposición de los argumentos de las partes y los terceros en la parte expositiva del informe del Grupo Especial estará constituida por resúmenes facilitados por las partes y los terceros, que se adjuntarán como adiciones al informe. Esos resúmenes no se utilizarán de ningún modo en sustitución de las comunicaciones de las partes y los terceros en el examen del asunto por el Grupo Especial.

17. Cada parte presentará un resumen de cada una de sus comunicaciones escritas y un resumen integrado de sus declaraciones orales inicial y final, según corresponda, a más tardar siete días naturales después de entregar al Grupo Especial la versión escrita de la comunicación o declaración pertinente. En el resumen de sus declaraciones, las partes podrán incluir sus respuestas a las preguntas. En ese caso, la parte presentará el resumen, que abarcará sus declaraciones y sus respuestas a las preguntas, a más tardar siete días naturales después de entregar al Grupo Especial las respuestas escritas a las preguntas. El Grupo Especial no resumirá las respuestas de las partes a las preguntas en la parte expositiva de su informe, ni en el anexo de este. Esos resúmenes no excederán, en total, de 30 páginas.

18. Los terceros presentarán resúmenes de sus comunicaciones escritas y declaraciones orales a más tardar siete días naturales después de entregar al Grupo Especial la versión escrita de la comunicación o declaración pertinente. En el resumen de su declaración, los terceros podrán incluir sus respuestas a las preguntas. En ese caso, el tercero presentará el resumen, que abarcará su declaración y sus respuestas a las preguntas, a más tardar siete días naturales después de entregar al Grupo Especial las respuestas escritas a las preguntas. Esos resúmenes no excederán, en total, de seis páginas.

Reexamen intermedio

19. Una vez que se haya dado traslado del informe provisional, cada parte podrá presentar por escrito una petición de que se reexaminen aspectos concretos del informe provisional y solicitar una nueva reunión con el Grupo Especial, de conformidad con el calendario adoptado por este. Se hará uso del derecho a solicitar dicha reunión a más tardar en el momento en que se presente la petición escrita de reexamen.

20. En caso de que no se solicite una nueva reunión con el Grupo Especial, cada parte podrá presentar observaciones por escrito sobre la petición escrita de reexamen de la otra parte, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Tales observaciones se limitarán a la petición escrita de reexamen presentada por la otra parte.

21. El informe provisional, así como el informe definitivo antes de su distribución oficial, tendrán carácter estrictamente confidencial y no se divulgarán.

Notificación de documentos

22. Se aplicarán los siguientes procedimientos respecto de la notificación de documentos:

- a. Cada parte y cada tercero presentarán todos los documentos al Grupo Especial entregándolos al Registro de Solución de Diferencias (despacho N° 2047).
- b. Cada parte y cada tercero facilitarán tres copias impresas de todos los documentos que presenten al Grupo Especial. Sin embargo, cuando las pruebas documentales se presenten en CD-ROM o DVD, se proporcionarán cinco CD-ROM o DVD y dos copias impresas de esas pruebas documentales. El Registro de Solución de Diferencias pondrá un sello en los documentos con la fecha y hora de su presentación. La versión impresa constituirá la versión oficial a los efectos del expediente de la diferencia.
- c. Cada parte y cada tercero facilitarán también una copia electrónica de todos los documentos que presenten al Grupo Especial al mismo tiempo que las versiones impresas, en formato Microsoft Word, ya sea en CD-ROM, en DVD o como fichero adjunto a un mensaje de correo electrónico. Si la copia electrónica se facilita por correo electrónico, deberá enviarse a *****@wto.org, con copia a *****@wto.org, *****@wto.org y *****@wto.org. Si se facilita un CD-ROM o un DVD, este se entregará al Registro de Solución de Diferencias.
- d. Cada parte facilitará directamente a la otra parte los documentos que presente al Grupo Especial. Además, cada parte entregará a todos los terceros sus comunicaciones escritas antes de la reunión sustantiva con el Grupo Especial. Cada tercero proporcionará directamente a las partes y a todos los demás terceros los documentos que presente al Grupo Especial. Cada parte y cada tercero, en el momento de la presentación de cada documento al Grupo Especial, confirmarán por escrito que se han proporcionado copias conforme a lo requerido.
- e. Cada parte y cada tercero presentarán sus documentos al Registro de Solución de Diferencias y proporcionarán copias a la otra parte (y a los terceros cuando proceda) a más tardar a las 18 h (hora de Ginebra) de las fechas límite fijadas por el Grupo Especial.
- f. El Grupo Especial facilitará a las partes una versión electrónica de la parte expositiva, del informe provisional y del informe definitivo, así como de otros documentos, según proceda. Cuando el Grupo Especial proporcione a las partes o a los terceros una versión en papel y otra electrónica de un documento, la primera constituirá la versión oficial a efectos del expediente de la diferencia.

Modificación del Procedimiento de trabajo

23. El Grupo Especial podrá modificar el presente Procedimiento de trabajo después de consultar a las partes.

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 B-1**RESUMEN DE LA PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA DE MÉXICO****I. INTRODUCCIÓN**

1. El presente procedimiento se refiere a un desacuerdo en cuanto a la compatibilidad con los Acuerdos de la OMC abarcados de las medidas destinadas a cumplir 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* (diferencia sobre el atún).

2. En el procedimiento inicial, México demostró que el Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD), de carácter multilateral, ha tenido un enorme éxito, ya que ha reducido la mortalidad de los delfines en el Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO). México también ha demostrado que el método alternativo de pesca con dispositivos de concentración de peces (DCP) que fomentan los Estados Unidos es sumamente dañino para las poblaciones de atunes porque a través de ese método se capturan alevines de atún. La pesca con DCP también da por resultado una captura incidental de peces de pico, tortugas, tiburones y otras especies, sumamente destructiva.

3. El 13 de junio de 2012, el OSD adoptó los informes y resolvió que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "*dolphin safe*" (inocuo para los delfines) eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y recomendó que los Estados Unidos pusieran su medida en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de dicho Acuerdo.

4. El 9 de julio de 2013, los Estados Unidos publicaron en el *Federal Register* una norma definitiva titulada "Prescripciones documentales reforzadas para apoyar la utilización de la etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún" (la "norma definitiva de 2013"). La medida adoptada por los Estados Unidos no pone su medida en conformidad con los Acuerdos de la OMC, y además perpetúa una situación trágica para los delfines de todo el mundo y el medio marino mundial. Si bien se afirmó que la "fecha de entrada en vigor" de la norma definitiva era el 13 de julio de 2013, en el aviso que acompañaba su publicación también se afirmaba que los Estados Unidos no exigirían el cumplimiento hasta el 1º de enero de 2014.

5. La "medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD (medida sobre el atún modificada) abarca: a) el artículo 1385 ("Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines" (DPCIA)), que figura en el subcapítulo II ("Conservación y Protección de los Mamíferos Marinos") del capítulo 31 ("Protección de los Mamíferos Marinos") del Título 16 del *United States Code*; 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 adoptada 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.

6. La medida sobre el atún modificada, como la medida sobre el atún inicial, impone prescripciones discriminatorias para el acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" de los Estados Unidos, en infracción 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.

II. LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA

7. La medida sobre el atún modificada solo incorporó cambios en el reglamento de aplicación, y no en la DPCIA ni la decisión judicial en el caso *Hogarth*. Los principales aspectos de la medida sobre el atún inicial se mantuvieron en la medida sobre el atún modificada, en particular, que el atún capturado efectuando lances sobre delfines no reúne los requisitos necesarios para llevar una etiqueta *dolphin safe*.

A. La Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines

8. En el procedimiento inicial, el Grupo Especial examinó los aspectos más pertinentes de la DPCIA. Esas disposiciones no han sido modificadas. Las tres principales categorías de prescripciones de la DPCIA son i) la definición/el alcance de la expresión "*dolphin safe*", ii) la obligación de disponer de observadores independientes que aseguren el cumplimiento y iii) la especificación de la documentación necesaria para respaldar la certificación.

9. De conformidad con el apartado (d)(1)(C) de la Ley, un producto de atún que contenga atún capturado en el PTO puede etiquetarse *dolphin safe* solo si el producto está respaldado por: a) una declaración del capitán del buque por la que se proporcione la certificación prevista en el apartado (h) de que en la expedición en que se capturó el atún no se capturó atún efectuando lances 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; b) una declaración de un observador a bordo, independiente y aprobado por el APICD, en la que también se proporcione una certificación de conformidad con el apartado (h); c) una declaración del Secretario de Comercio o una persona designada por él, o de un representante de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT) o un representante de un país cuyo programa nacional se ajuste a las prescripciones del APICD, en que se afirme que durante toda la expedición hubo a bordo un observador aprobado por el APICD.

10. La Ley contemplaba la posibilidad de que la definición de los Estados Unidos de "atún *dolphin safe*" pudiera hacerse compatible con la definición del APICD. Esta posible modificación de la norma en materia de etiquetado *dolphin safe* aplicable al PTO se supeditó a los resultados de los estudios de las poblaciones de delfines en el PTO. En 1999, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (USDOC) formuló una constatación inicial en la que determinó que no había pruebas suficientes para concluir que el cercamiento deliberado de delfines con redes tuviera efectos perjudiciales importantes en lo que los Estados Unidos denominaron poblaciones de delfines "sujetas a agotamiento" en el PTO. Posteriormente, el USDOC realizó estudios adicionales y, en una constatación definitiva emitida en diciembre de 2002, llegó a la misma conclusión a la que había llegado en la constatación inicial. Estas constataciones tendrían que haber permitido modificar la definición de los Estados Unidos de "*dolphin safe*" para que el atún capturado en cumplimiento del APICD pudiera llevar la etiqueta *dolphin safe*. Sin embargo, en el caso *Hogarth* los tribunales estadounidenses sostuvieron que las constataciones del USDOC no estaban en conformidad con las prescripciones de la Ley y ordenaron que la definición de "*dolphin safe*" siguiera prohibiendo totalmente la utilización de lances sobre delfines. La Ley no permite que la determinación se vuelva a evaluar en ningún momento futuro. Para el atún capturado fuera del PTO utilizando redes de cerco, la Ley solo exige una autocertificación del capitán del buque en el sentido de que en la expedición en que se capturó el atún no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente. Para el atún capturado sin utilizar redes de cerco (por ejemplo, con palangre o redes de arrastre), no se exige ninguna certificación en absoluto. Para el atún capturado por un buque con una capacidad de carga inferior a 400 toneladas cortas, no se exige ninguna certificación en absoluto. Estas prescripciones han sido modificadas por la norma definitiva de 2013.

11. Además, la DPCIA pretende prohibir la utilización de la etiqueta "*dolphin safe*" para el atún capturado "en alta mar por un buque dedicado a la pesca con redes de deriva". No obstante, en la práctica, esta restricción no tiene ningún sentido porque el USDOC nunca la ha aplicado. En efecto, los mismos Estados Unidos permiten pescar con redes de deriva en su zona económica exclusiva.

12. La DPCIA indica cuándo una certificación *dolphin safe* debe estar corroborada por un observador independiente. La DPCIA no exige la presencia de observadores independientes fuera del PTO, salvo en los casos en que el USDOC haya designado una pesquería en la que se utilizan redes de cerco como una pesquería en la que existe una asociación habitual e importante entre el atún y los delfines o una pesquería en la que no se utilizan redes de cerco como una pesquería en la que existe una mortalidad habitual e importante de delfines. El USDOC no ha designado a ninguna pesquería como perteneciente a estas categorías, por lo que no se exige la presencia de observadores en ninguna pesquería fuera del PTO.

13. En el caso de los productos de atún que contengan atún capturado en el PTO por un buque de cerco, la DPCIA indica que las certificaciones del capitán y el observador deben "cumplir los reglamentos promulgados por el Secretario en los que se dispone la verificación de que los

productos de atún son *dolphin safe*". Esos reglamentos incorporan las prescripciones para el seguimiento del atún aceptadas por los miembros del APICD. Con respecto a los productos de otro atún (es decir, de atún no procedente del PTO), la DPCIA no contiene ninguna exigencia de que se verifique que los productos son *dolphin safe*.

14. De conformidad con la legislación estadounidense, un reglamento de aplicación no puede modificar ninguna de las prescripciones enunciadas en la ley pertinente. Por consiguiente, todas las prescripciones de la DPCIA que fueron objeto de examen por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación siguen en vigor actualmente, sin modificaciones. Por lo tanto, la Ley es un elemento integrante de la medida sobre el atún modificada.

B. Parte 216, apartado H del Título 50 del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos

15. El reglamento de aplicación de la DPCIA aborda las certificaciones "*dolphin safe*" y también impone prescripciones específicas, que varían en función de si el atún procede del PTO o de alguna otra parte, con respecto a la separación del atún, la presencia de observadores independientes a bordo de los buques y la documentación y verificación del cumplimiento.

16. Con respecto a los productos de atún elaborados con atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO, el contenido de la prescripción de certificación es el mismo que el establecido en la DPCIA. Con respecto a los productos de atún que contengan atún capturado fuera del PTO con redes de cerco, la norma definitiva de 2013 cambió la certificación y exige una declaración adicional del capitán del buque de que en los lances en que se capturó el atún no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.

17. Con respecto a los productos que contengan atún capturado i) sin utilizar redes de cerco o ii) por buques más pequeños, que no requerían ninguna certificación, la norma definitiva de 2013 exige que la totalidad de dicho atún cuente con el respaldo de una declaración del capitán 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. Cabe señalar que si el método de pesca de efectuar lances sobre delfines se utiliza tan siquiera una sola vez durante una expedición, ningún atún capturado durante la expedición puede designarse como *dolphin safe*, ni siquiera el capturado sin utilizar lances sobre delfines. Las tres principales marcas de productos de atún en el mercado estadounidense -Starkist, Chicken of the Sea y Bumble Bee- presentaron conjuntamente observaciones sobre la nueva prescripción relativa a la certificación del capitán exigida en el caso de los buques que no utilizan redes de cerco, en las que afirmaban que tales certificados no serán creíbles.

18. En virtud de la medida sobre el atún inicial, en el caso del atún capturado por grandes buques de cerco solo en el PTO, el atún capturado en lances designados como *dolphin safe* por el observador del buque debe almacenarse por separado del atún capturado en lances que no sean *dolphin safe*, desde el momento de la captura hasta la descarga en el puerto. En cuanto al atún capturado fuera del PTO, no existían tales prescripciones. En el marco de la medida sobre el atún modificada, en la actualidad supuestamente se aplican a la totalidad del atún y los productos de atún prescripciones similares para la separación. Sin embargo, debido a la ausencia de prescripciones en materia de vigilancia, verificación y seguimiento para los productos de atún no procedente del PTO, las obligaciones de separación del atún aplicables al atún no procedente del PTO son inexigibles y no tienen sentido.

19. En cuanto al atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO, incluidos los buques de la flota mexicana, la medida sobre el atún inicial exige la presencia de un observador independiente en cada buque para vigilar el cumplimiento de las prescripciones *dolphin safe*. El APICD exige que cada buque grande de cerco lleve un observador independiente y México ha dado aplicación a esa prescripción en su reglamentación nacional (NOM-001-SAG/PESC-2013).

20. En el marco de la medida sobre el atún, no se impusieron prescripciones en materia de observadores independientes, salvo con respecto a los grandes buques de cerco que pescan en el PTO. La norma definitiva de 2013 parece contemplar la posibilidad de que el USDOC exija la verificación de las certificaciones *dolphin safe* por parte de un observador independiente. Sin embargo, el USDOC no ha formulado una determinación de que los observadores que participen en

programas de observadores fuera del PTO estén cualificados y autorizados a tal efecto ni ha anunciado que tenga planes de tan siquiera considerar la posibilidad de hacerlo.

21. En el marco de la medida sobre el atún inicial, los productos de atún que contengan atún capturado en el PTO deben estar respaldados no solo por la preceptiva certificación sino también por "las prescripciones en materia de documentación establecidas en los artículos 216.92 y 216.93 para el atún *dolphin safe*". Estas prescripciones en materia de documentación se han mantenido en la medida sobre el atún modificada. No hay prescripciones en materia de documentación, salvo las relativas a la autocertificación del capitán, con respecto a los productos de otro atún.

22. Con respecto a los productos de atún estadounidenses, el artículo 216.93 establece un "programa de seguimiento y verificación" para los grandes buques de cerco estadounidenses que pescan en el PTO (pero no en otros lugares) concebido para ser compatible con el APICD. Las estadísticas estadounidenses indican que en 2013 el atún procedente del PTO constituía aproximadamente el 1% del atún utilizado para elaborar productos de atún en las fábricas de conservas estadounidenses. En consecuencia, la prescripción relativa a los formularios para el seguimiento del atún del PTO impone una carga sumamente leve, si es que la impone, a la rama estadounidense de transformación.

23. El cumplimiento del APICD comporta obligaciones estrictas de ajustarse al sistema de seguimiento del atún del APICD -el mismo sistema de seguimiento que aplica la reglamentación estadounidense respecto de los buques estadounidenses en virtud del artículo 216.93(a)-. Las normas para el seguimiento del atún *dolphin safe* son muy detalladas y amplias y se aplican desde el momento de la captura del atún hasta su descarga inclusive, y luego a la transformación y comercialización de los productos de atún que contengan dicho atún. México dio aplicación a las prescripciones en materia de seguimiento del atún del APICD a través del reglamento NOM-EM-002-PESC-1999, que se promulgó en diciembre de 1999 y luego se actualizó a través del instrumento NOM-001-SAG/PESC-2013. Los Estados Unidos han verificado continuamente el cumplimiento del APICD por parte de México desde 2000.

24. Para que los productos de atún mexicanos puedan llevar la etiqueta *dolphin safe* en el marco de la medida sobre el atún modificada, debe certificarse que el atún ha sido capturado sin dar muerte ni herir gravemente a delfines en los lances en que fue capturado y que no se han utilizado lances sobre delfines en ningún momento de la expedición en que fue capturado; un observador independiente debe verificar que la certificación es exacta; y la certificación debe estar respaldada por el amplio sistema de seguimiento descrito, que es auditado por el Gobierno mexicano.

25. No hay prescripciones en materia de documentación aplicables a ningún tipo de producto de atún no procedente del PTO, excepto las relativas a la autocertificación del capitán.

C. La decisión judicial en el caso *Hogarth*

26. La decisión adoptada por el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito tiene el efecto de denegar permanentemente a los productos de atún mexicanos la ventaja de llevar la etiqueta "*dolphin safe*" en el mercado estadounidense y esta decisión sigue siendo un elemento integrante de la medida sobre el atún modificada.

D. La norma definitiva de 2013

27. Los Estados Unidos no modificaron la DPCIA. En la reglamentación revisada solo se introdujeron unas pocas modificaciones respecto de la reglamentación anterior. Una característica importante de la nueva reglamentación es que difirió la aplicación de las modificaciones. Por lo tanto, de hecho los Estados Unidos se concedieron a sí mismos unilateralmente una nueva prórroga del plazo prudencial no exigiendo el cumplimiento de la medida que han adoptado para ponerse en conformidad. Las certificaciones de los capitanes no están disponibles públicamente y no hay transparencia con respecto a cómo verifican el cumplimiento los buques y las empresas de transformación que no operan en el PTO. Un aspecto fundamental de la medida sobre el atún modificada es que, con respecto al atún capturado fuera del PTO, los Estados Unidos siguen permitiendo la utilización de la etiqueta *dolphin safe* cuando se ha dado muerte y herido gravemente a delfines, e incluso cuando se han lanzado redes alrededor de delfines.

III. INFORMACIÓN DE ANTECEDENTES SOBRE LA RAMA MUNDIAL DE PRODUCCIÓN DE ATÚN, LOS MÉTODOS DE PESCA ALTERNATIVOS Y LA SITUACIÓN DE LAS POBLACIONES DE DELFINES EN EL PTO

28. La mortalidad de los delfines es un importante problema fuera del PTO. Los pescadores lanzan redes sobre delfines fuera del PTO, y los métodos de pesca distintos del método de efectuar lances sobre delfines dan muerte y hieren gravemente a estos. Además, fuera del PTO, el atún suele comercializarse a través de intermediarios y no hay procedimientos obligatorios para hacer el seguimiento de la condición *dolphin safe* del atún. Mientras tanto, los datos más recientes indican que las poblaciones de delfines en el PTO designadas por los Estados Unidos como "sujetas a agotamiento" en realidad están creciendo a las tasas máximas previstas, en contra de lo que los Estados Unidos creían en 2002, cuando el Departamento de Comercio formuló sus "constataciones definitivas".

A. Los pescadores lanzan redes sobre delfines fuera del PTO, y con otros métodos de pesca se da muerte y hiere gravemente a delfines

29. Durante el procedimiento inicial, el Grupo Especial constató que había asociaciones entre los delfines y el atún fuera del PTO y que los métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines causan mortalidad a estos. México ha reunido sustanciales pruebas adicionales que demuestran que i) los pescadores de atún deliberadamente lanzan redes sobre mamíferos marinos fuera del PTO y que ii) con otros métodos de pesca de atún se da muerte a muchos miles de delfines.

1. Los pescadores deliberadamente lanzan redes de cerco sobre mamíferos marinos fuera del PTO

30. Se ha repetido una y otra vez la alegación de que las asociaciones entre los delfines y el atún en el PTO son "excepcionales" y que en otros lugares los lances sobre delfines se efectúan en contadas ocasiones. Las pruebas demuestran lo contrario.

31. Un informe administrativo de la Administración Nacional del Océano y la Atmósfera (NOAA) afirma que "un problema evidente de concluir ... que la mortalidad incidental de los delfines en las redes de cerco de atún fuera del PTO es mínima es que muchos de los informes existentes han sido elaborados por grupos con intereses creados en uno u otro punto de vista: es evidente que los grupos con intereses comerciales en la pesca confiarán en encontrar pocas pruebas de que se dan problemas relativos al atún y los delfines similares a los que ocurren en el PTO ...".

32. Más recientemente, la Secretaría del Pacífico ha publicado una evaluación de la repercusión de la pesquería del Océano Pacífico Central y Occidental (OPCO) en los cetáceos. No ha habido ninguna información pública sobre la interacción general de esa pesquería con mamíferos marinos. No obstante, el punto principal es que los observadores presenciaron lances sobre delfines y ballenas, lo que indica la existencia de una asociación entre el atún y los mamíferos marinos en el OPCO. En consecuencia, hay buenas razones para creer que estas cifras se han subestimado considerablemente.

33. Otras fuentes confirman que en el OPCO deliberadamente se lanzan redes sobre mamíferos marinos. En 2012, la WCPFC adoptó una medida para proteger a los tiburones ballenas. En abril de 2013, Australia y Maldivas presentaron a la CAOI una propuesta para adoptar una medida dirigida a proteger a los tiburones ballenas.

34. El hecho de que los buques aleguen pescar solo con DCP no significa que no se esté haciendo daño a delfines. Por ejemplo, en un informe sobre la captura incidental de delfines patrocinado por el USDOC se declara que "[e]n Filipinas, los científicos estimaron que una flota de cinco barcos de cerco dedicados a la pesca de atún mediante dispositivos de concentración de peces daba muerte todos los años a unos 2.000 delfines -principalmente, delfines giradores, delfines moteados pantropicales y delfines de Fraser-, probablemente a niveles insostenibles".

35. Una reciente medida de observancia adoptada por el USDOC contra buques estadounidenses también confirma que en el OPCO los pescadores deliberadamente lanzan redes sobre delfines. El asunto en cuestión, denominado *In the Matter of Matthew James Freitas*, y otros ("asunto Freitas"), concernía a cinco buques de pabellón estadounidense que pescan en el OPCO

con DCP y son gestionados por la South Pacific Tuna Corporation (SPTC). Dos de los buques fueron sancionados por efectuar lances con redes de cerco sobre mamíferos marinos, en infracción de la MMPA de los Estados Unidos. Si bien el asunto Freitas se refiere a los animales como las "ballenas", también detalla que los animales eran ballenas piloto y falsas orcas, que son especies de delfines.

2. La pesca con redes agalleras da muerte y hiere a delfines

36. Como explicó el Departamento de Pesca y Acuicultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), las redes agalleras de deriva se utilizan para capturar atún. En 2004-2005, el Instituto Central de Pesca Marina de la India realizó un estudio para cuantificar el número de cetáceos capturados incidentalmente por los pescadores locales. El estudio llegó a la conclusión de que esas actividades de pesca podrían estar dando muerte a unos 10.000 cetáceos, incluidos delfines, todos los años, lo que consideró una cifra "alarmantemente elevada".

37. En un informe elaborado para la CAOI en 2012 sobre la pesca de atún con redes agalleras en las aguas costeras del Pakistán se incluía la siguiente información: "[l]os delfines parecen enredarse con más frecuencia en las redes agalleras para el atún ... Según los pescadores la mayoría de los delfines que se enredan en una red agallera mueren de inmediato ... Si bien no es posible estimar con exactitud el número de delfines a los que se da muerte cada año en las pesquerías de atún del Pakistán en que se emplean redes agalleras, sobre la base de la escasa información reunida recientemente (Moazzam, 2012) se estima que todos los meses se da muerte a entre 25 y 35 delfines".

38. También se ha informado de una cuantiosa captura incidental de delfines en operaciones de pesca de atún con redes agalleras en Europa.

3. La pesca con palangre da muerte y hiere a delfines

39. La asociación entre los delfines y la pesca con palangre está firmemente establecida. En el pasado, los análisis sobre esta cuestión tendían a centrarse en los efectos negativos en la pesca causados por la "depredación" -es decir, el consumo por parte de los mamíferos marinos del cebo y los peces perseguidos que se hallan en los anzuelos de palangre-, pero en la actualidad se reconoce ampliamente que tales interacciones causan un grave daño a los delfines.

40. Un estudio reciente resumió que "[l]as interacciones operativas entre los odontocetos [cetáceos del suborden odontoceti o 'ballenas dentadas', que incluye todas las especies de delfines y marsopas] y el sector de la pesca con palangre son un problema mundial". Otro estudio reciente examinó las especies de ballenas y delfines que depredan en el contexto de la pesca pelágica con palangre en las aguas tropicales y subtropicales del Océano Índico Occidental. El informe establece un vínculo entre los lugares en que se encuentran estas especies y los lugares en que se hallan las zonas de pesca pelágica con palangre en el Océano Índico. Otros informes confirman que las operaciones de pesca con palangre atraen a los delfines.

41. Lamentablemente, no hay programas globales para vigilar el daño causado a los delfines mediante la pesca con palangre. También plantea dificultades el hecho de que los palangres pueden tener una longitud de hasta 90 millas, lo que podría afectar a la capacidad de los observadores de avistar las muertes y heridas cuando ocurren. No hay duda, sin embargo, de que las operaciones de pesca con palangre causan la muerte y mutilan a delfines.

42. Los propios Estados Unidos han designado la pesquería de atún con palangre de su Estado de Hawái como una pesquería que amenaza a la población de falsas orcas (una especie de delfín) en esa región, que están clasificadas como "en peligro" y "sujetas a agotamiento". No obstante, este atún tiene derecho a llevar la etiqueta *dolphin safe*. Los Estados Unidos también han designado la "pesquería pelágica con palangre del Atlántico" como una pesquería perjudicial para los mamíferos marinos que exige adoptar un "plan de reducción de las capturas". Los Estados Unidos no mantienen un programa global de observadores para su flota de pesca con palangre que opera en la costa atlántica estadounidense; la cobertura es de solo el 8%.

43. Un informe publicado por el Proyecto de Recuperación de las Tortugas Marinas sobre la pesca con palangre estima que como consecuencia del empleo de ese método de pesca mueren anualmente más de 18.000 delfines en el Océano Pacífico. El informe basa su estimación en una extrapolación de datos correspondientes a la pesquería en que se pesca con palangre de Hawái. El informe advierte de que probablemente la cifra se haya subestimado.

44. Otro informe examina el daño causado a las aletas dorsales de los delfines por la pesca con palangre. Los palangres también se enredan en las colas de los delfines. En consecuencia, incluso cuando los delfines no mueren inmediatamente debido a la interacción con un palangre, corren el riesgo de sufrir mutilaciones en la boca, aletas dorsales y otras partes del cuerpo, así como de terminar ahogándose cuando no pueden liberarse de los palangres.

45. Los buques palangreros mexicanos que faenan en el Golfo de México están sujetos a una reglamentación exhaustiva (NOM-023-SAG/PESCA-2014) que exige que en cada buque haya un observador independiente para vigilar las prácticas de pesca. Hasta donde México sabe, es el único país que exige un 100% de cobertura por observadores de sus buques palangreros; los Estados Unidos no tienen un reglamento así.

4. La pesca de arrastre da muerte y hiere a delfines

46. Es habitual que en las redes de arrastre se capturen delfines. Por ejemplo, en un informe incluido en un estudio elaborado para la Cámara de los Comunes del Reino Unido en 2004 se indicó que "en un estudio irlandés sobre una prueba de pesca pelágica de arrastre en pareja de atún albacora se observó la captura de 30 delfines en una sola redada, y la de 145 cetáceos por tan solo cuatro parejas de buques arrastreros en una sola temporada".

47. Aunque está claro que los delfines y otros mamíferos marinos corren un grave riesgo en las pesquerías de atún de fuera del PTO, y que ello es debido a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines, los Estados Unidos no han hecho nada para desalentar la compra de ese atún por parte de los consumidores estadounidenses.

B. Procedimiento de seguimiento del atún *dolphin safe*

48. Para entender tanto la complejidad como la necesidad de un sistema de seguimiento del atún *dolphin safe*, es fundamental examinar cómo se obtiene y manipula el atún y cómo se hace un seguimiento de él durante el proceso de elaboración.

49. Los principales productores mexicanos están integrados verticalmente. Concretamente, tienen sus propias flotas pesqueras que entregan el atún a sus instalaciones de transformación en México. En consecuencia, la cadena de propiedad del atún capturado por la flota mexicana se mantiene desde el momento de la captura hasta el de la transformación del atún en productos de atún y, finalmente, de la comercialización de esos productos.

50. Fuera del PTO, dado el recurso generalizado a intermediarios (agentes), sería difícil hacer un seguimiento de la condición *dolphin safe* del atún incluso si existieran prescripciones que obligaran a hacerlo fuera del PTO. No hay procedimientos verificables ni prescripciones para hacer ese seguimiento con respecto a los buques y las empresas de transformación de atún que no operan en el PTO.

51. A diferencia de la rama de producción mexicana, la mayoría de las empresas de productos de atún de otros países no están verticalmente integradas. Adquieren el atún de terceras empresas y, en muchos casos, el atún ha pasado por dos partes como mínimo antes de su transformación.

52. Tanto en el caso de la pesca con palangre como en el de la pesca con redes de cerco los transportistas de pescado refrigerado, que concentran la captura de varios buques pesqueros, desempeñan una importante función. Se estima que algunos de ellos hacen transbordo en el mar. El transbordo en el mar puede ser particularmente vulnerable al "lavado de atún", ya que existe la posibilidad de que "barcos negros" realicen pesca ilegal, no autorizada y sin limitaciones (INDNR) y luego transfieran su captura a buques autorizados para su transbordo. Se ha indicado que es probable que los observadores no puedan detectar la pesca INDNR y el lavado de pescado.

53. Es importante señalar que la notificación exigida para los transbordos no se refiere a las prescripciones *dolphin safe* de los Estados Unidos. No hay autoridades responsables de vigilar si los certificados de los capitanes corresponden a un determinado lote de atún o si el atún se ha mezclado con atún no certificado en un vivero de almacenamiento.

54. En los casos en que los buques no hayan capturado el atún en el PTO, no hay ninguna prescripción para el seguimiento del atún *dolphin safe*, ningún formulario RSA, ni ningún medio de verificar la exactitud de la información sobre cómo se capturó el atún y si se dio muerte o hirió gravemente a delfines o no durante la captura del atún. Salvo en el caso del atún capturado en el PTO, no hay ningún procedimiento por el que el USDOC pueda verificar -o valerse de otro país para verificar- que un producto de atún del que se afirma que contiene atún *dolphin safe* realmente lo contiene. Aparte del APICD, los Estados Unidos no tienen acuerdos internacionales que obliguen a otros países a exigir o verificar el cumplimiento de las normas *dolphin safe*. Excepto en el PTO, no hay manera de determinar si es exacta la afirmación de un capitán de que no se han efectuado lances con redes alrededor de delfines en ningún momento de la expedición, si es exacta la afirmación de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a delfines en un determinado lance en el cual se capturó el atún, si el atún capturado en un lance *dolphin safe* se ha mantenido separado del atún capturado en un lance no *dolphin safe*, o siquiera si la certificación que acompaña a los productos de atún importados corresponde cabalmente al buque y la expedición en que se capturó el atún.

55. Debido a la ausencia de controles y mecanismos de seguimiento con respecto a los buques que no operan en el PTO, las empresas de transformación de atún que se encuentran fuera de México en otros países no pueden verificar el atún *dolphin safe* después de recibirlo (y menos aún separarlo y hacer un seguimiento de él).

56. La MPPA de los Estados Unidos, independiente de la medida sobre el atún modificada, exige que los buques estadounidenses informen sobre la "captura" de mamíferos marinos fuera del PTO. Sin embargo, al no haber observadores independientes que vigilen el cumplimiento, la efectividad de la prescripción es cuestionable.

57. Testimonios prestados en el marco de la reciente medida de observancia adoptada en relación con el asunto Freitas confirman también que sin observadores independientes el certificado de un capitán no es fiable. En consecuencia, es imposible que los buques cumplan la prescripción de la medida sobre el atún modificada de que el atún capturado en un lance en que se perjudique a los delfines se separe del atún capturado en lances *dolphin safe*. Es importante destacar que el asunto Freitas concernía a buques de pabellón estadounidense. Los buques de pabellón extranjero no están sujetos a la jurisdicción estadounidense y tienen incluso menos incentivos para cumplir la medida sobre el atún modificada.

58. Aparentemente, las dos fábricas de conservas de Samoa Americana reciben al menos algo de atún descargado directamente de los buques que han capturado el atún y en tales casos podrían verificar que la declaración del capitán correspondiera al buque. Sin embargo, no hay un sistema de seguimiento del atún con respecto a ese atún, y en consecuencia no hay ninguna otra documentación disponible para verificar que el atún haya sido capturado en lances *dolphin safe* o se haya mantenido separado del atún no *dolphin safe*. Otras fábricas de conservas estadounidenses (en California y Georgia) importan lomos de atún de Tailandia, no pescados enteros. Debido a que ha sido en otro país donde el atún del que se han obtenido esos lomos ha sido desembarcado y pelado y se le han quitado las espinas, sería incluso más difícil hacer un seguimiento de él hasta un buque, una expedición y un vivero de almacenamiento concretos -en caso de que se hiciera algún esfuerzo en ese sentido-.

59. Las empresas de transformación estadounidenses no utilizan prácticamente ningún atún procedente del PTO, y los productos de atún procedente del PTO tienen una participación muy pequeña en el mercado estadounidense. Por consiguiente, la abrumadora mayoría de productos de atún vendidos en el mercado estadounidense como "*dolphin safe*" no cuenta con documentación relativa al cumplimiento antes de la importación en los Estados Unidos.

C. Situación de las poblaciones de atún en el PTO

60. El régimen del APICD sigue siendo sumamente eficaz. La mortalidad incidental de los delfines en la pesquería de atún del PTO en 2012 fue de solo 870 animales, una disminución del 11,8% respecto de las 986 muertes registradas en 2011. Tal como se señaló en el procedimiento inicial, la principal excusa de los Estados Unidos para negarse a cambiar la definición de "*dolphin safe*" a fin de ajustarla al APICD fue que las dos poblaciones de delfines que consideran "sujetas a agotamiento" no se estaban recuperando a un ritmo que los Estados Unidos estimaran aceptable. En 2009, sin embargo, los Estados Unidos acordaron con el APICD elevar los LMD de estas dos poblaciones de delfines atendiendo a las pruebas más recientes de que, de hecho, las poblaciones están creciendo.

61. En el marco de la medida sobre el atún modificada, el USDOC no está facultado para evaluar pruebas relativas a las poblaciones de delfines y su recuperación, incluidas las pruebas a que se hace referencia *supra*, a las que se ha tenido acceso desde la publicación de la constatación definitiva en 2002.

IV. ARGUMENTO JURÍDICO

A. El Grupo Especial debe pronunciarse sobre todas las alegaciones de infracción formuladas por México

62. Para resolver la presente diferencia, es necesario que el Grupo Especial se pronuncie sobre todas las alegaciones formuladas por 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. El alcance y el contenido de las obligaciones establecidas en esas disposiciones no son los mismos. Si el Grupo Especial no formula todas las constataciones necesarias en virtud de las tres alegaciones formuladas por México, solo habría una resolución parcial de la diferencia.

B. La medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

63. Para que haya un infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, deben concurrir tres elementos: i) que la medida en litigio sea un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1; ii) que los productos importados en cuestión sean similares a los productos nacionales y a los productos de otros orígenes; y iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares y a productos similares originarios de otros países.

64. La medida sobre el atún modificada satisface los tres criterios de la prueba jurídica prevista en el párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC y, por lo tanto, sigue reuniendo los requisitos de un "reglamento técnico". Asimismo, los productos importados pertinentes en cuestión -a saber, los productos de atún procedentes de México- siguen siendo "similares" a productos de atún de origen estadounidense y a productos de atún originarios de cualquier otro país. El último aspecto que debe considerarse es si la medida sobre el atún modificada otorga a los productos importados un trato menos favorable.

1. Trato no menos favorable

65. Los principales elementos del diseño y la estructura de la medida que actuaron conjuntamente para denegar oportunidades de competencia se enuncian en las disposiciones de la DPCIA que rigen el etiquetado *dolphin safe*. Estos elementos siguen siendo componentes fundamentales de la medida sobre el atún modificada y no han sido modificados.

66. Las características del mercado pertinente se mantienen sin modificaciones. Los comerciantes minoristas y consumidores estadounidenses son sensibles a la cuestión de la inocuidad para los delfines, y los productos etiquetados como "*dolphin safe*" tienen una ventaja en el mercado. Las principales cadenas estadounidenses de establecimientos de productos alimenticios siguen negándose a comprar productos de atún mexicanos porque no pueden vender una marca que no tenga la etiqueta *dolphin safe*.

67. La situación de los productores de atún mexicanos sigue sin registrar cambios importantes respecto de su situación en el procedimiento inicial. La flota atunera estadounidense sigue sin pescar en el PTO. Así, la mayor parte del atún capturado por buques mexicanos no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en un producto inocuo para los delfines, mientras que prácticamente todo el atún capturado por buques estadounidenses tiene la posibilidad de llevar esa etiqueta. En 2013, aproximadamente un 86% del atún utilizado por las fábricas de conservas estadounidenses fue capturado en el Pacífico Occidental. Esas fábricas solo obtuvieron aproximadamente el 1% de su suministro del PTO. Por tanto, las fábricas de conservas estadounidenses prácticamente no utilizaron atún capturado en el PTO.

68. Nada en la medida sobre el atún modificada disminuye ni reduce al mínimo el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos. En consecuencia, es evidente que la aplicación en el mercado pertinente de la medida sobre el atún modificada tiene un efecto perjudicial *de facto* en el grupo de productos importados similares.

69. Sobre la base del enfoque en dos etapas establecido por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Atún II (México)*, el Grupo Especial debe analizar la cuestión de si el efecto perjudicial antes mencionado se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja una discriminación contra el grupo de productos importados.

70. La distinción reglamentaria pertinente (a saber, la diferencia en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado) incluye las siguientes condiciones y prescripciones de la medida sobre el atún modificada: i) la exclusión de los lances sobre delfines en conformidad 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; ii) las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación con respecto al atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines en conformidad con el APICD y las prescripciones diferentes con respecto al atún capturado fuera del PTO utilizando tanto los mismos métodos de pesca como otros distintos; y iii) las prescripciones obligatorias en materia de observadores independientes con respecto al atún capturado en conformidad con el APICD y la ausencia de tales prescripciones con respecto al atún capturado fuera del PTO utilizando los mismos métodos de pesca y otros distintos.

71. Cuando se examinan los hechos y las circunstancias relacionados con el diseño y la aplicación de estas condiciones y prescripciones, resulta evidente que el efecto perjudicial de las importaciones de productos de atún mexicanos no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Por el contrario, el efecto perjudicial refleja una discriminación contra el grupo de productos importados.

1) Las diferencias en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado no son legítimas

72. En la diferencia inicial, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que los Estados Unidos no habían demostrado que la diferencia en las condiciones de etiquetado "se adapta[se]" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. De esto se desprendía que los Estados Unidos no habían demostrado que el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se derivase exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. El Órgano de Apelación también observó que la medida estadounidense abordaba plenamente los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines en el PTO, mientras que no se ocupaba de la mortalidad (observada o no observada) debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO.

a) Exclusión/admisión de métodos de pesca

73. Con arreglo a la medida sobre el atún modificada, las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado difieren en función del método de pesca utilizado para capturar atún. Los lances sobre delfines son un método de pesca cuya utilización está permanentemente "excluida" para capturar atún *dolphin safe*, aun cuando la utilización de este método cumpla las estrictas prescripciones del APICD y no haya mortalidad ni heridas graves de delfines en el lance en que se

captura el atún y esto sea confirmado por un observador independiente presente a bordo y certificado en el marco del sistema amplio de seguimiento y verificación establecido por el APICD y la legislación mexicana.

74. La situación es diferente en el caso de los métodos de pesca utilizados para capturar atún fuera del PTO. Con la excepción de la pesca con redes de deriva llevada a cabo por la flota italiana para pescar atún en alta mar, se admiten todos los demás métodos de pesca (incluido otro tipo de pesca con redes de deriva) para capturar atún de manera inocua para los delfines, aunque está bien documentado que estos métodos causan a los delfines mortalidad y heridas graves considerables.

75. Los hechos y circunstancias relacionados con el diseño y la aplicación de la medida en litigio demuestran claramente que la distinción reglamentaria, es decir, la diferencia en esas condiciones y prescripciones en materia de etiquetado, no es imparcial. En consecuencia, de conformidad con los enfoques adoptados tanto por el Órgano de Apelación como por el Grupo Especial en el asunto *CE - Productos derivados de las focas*, el efecto perjudicial en las importaciones mexicanas no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

76. La distinción reglamentaria no es legítima porque no está racionalmente conectada con el objetivo de la medida. Los objetivos de la medida sobre el atún inicial eran: 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 cause efectos perjudiciales a los delfines"; y ii) "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines". La medida sobre el atún modificada mantiene los mismos objetivos. Los métodos de pesca de atún "admitidos" tienen considerables efectos perjudiciales en los delfines y representan riesgos considerables para los delfines, por lo que su admisión para ser utilizados para capturar atún "dolphin safe" es incompatible con los objetivos de la medida sobre el atún modificada. La "exclusión" del principal método de pesca de México y la "admisión" de otros métodos de pesca alternativos no tiene una conexión racional con los objetivos de la medida sobre el atún modificada. No hay razones ajenas al objetivo de protección de los delfines que proporcionen una causa o fundamento que justifique permitir que el atún capturado mediante estos métodos de pesca se designe como "dolphin safe". La distinción en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado relacionadas con la exclusión/admisión de los métodos de pesca está diseñada y se aplica en una forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificada, de modo que no es imparcial.

b) Prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación

77. La distinción reglamentaria pertinente incluye prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación. Estas son importantes, porque lo que caracteriza fundamentalmente a la medida sobre el atún modificada es la distinción entre los productos de atún que son y no son *dolphin safe* con arreglo a la definición estadounidense. En consonancia con esta característica fundamental, y para lograr los objetivos de la medida sobre el atún modificada, debe proporcionarse a los consumidores información exacta sobre la cuestión de si el atún contenido en un producto de atún es capturado de una manera que cause efectos perjudiciales en los delfines. Solo proporcionando información exacta pueden acceder a la etiqueta exclusivamente los productos que contengan atún no capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.

78. En virtud de la medida sobre el atún modificada, las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación difieren en función de la zona geográfica en la que se captura el atún.

79. El atún capturado en el PTO está sujeto a estrictas prescripciones y procedimientos en materia de mantenimiento de registros y verificación que proporcionan una meticulosa pista de auditoría que garantiza que la información facilitada sobre la condición *dolphin safe* del atún mexicano de conformidad con la definición estadounidense de *dolphin safe* sea exacta. En marcado contraste, no se aplican prescripciones y procedimientos similares al atún capturado en otras zonas geográficas fuera del PTO. La ruta seguida por este atún hasta los consumidores

estadounidenses es más compleja que la ruta seguida por el atún mexicano, y hay muchos otros hechos que podrían ocurrir durante una expedición de pesca y en el curso de la ulterior cadena de transformación y distribución que podrían eliminar la condición *dolphin safe* de dicho atún. En consecuencia, no se está proporcionando información exacta. La diferencia en las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación aplicables al atún capturado dentro y fuera del PTO no tiene una conexión racional con los objetivos de la medida sobre el atún modificada. Dentro del PTO las prescripciones son de gran alcance y la información es exacta. Fuera del PTO las prescripciones no son fiables ni proporcionan información exacta sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún que contienen este atún. En consecuencia, los consumidores estadounidenses no están recibiendo información exacta sobre tales productos de atún y podrían ser inducidos a error o engañados o podrían alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines. No hay razones ajenas al objetivo de protección de los delfines que aporten una causa o un fundamento para proporcionar información inexacta sobre la condición *dolphin safe* del atún capturado fuera del PTO, mientras que solo se proporciona información exacta sobre el atún capturado dentro del PTO. Todo el atún *dolphin safe* debería etiquetarse con exactitud. En el marco de la medida sobre el atún modificada, las diferencias en las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación están diseñadas y se aplican en una forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificada, de modo que no son imparciales.

c) Prescripciones obligatorias en materia de observadores

80. México aborda la prescripción obligatoria en materia de observadores por separado debido a su importancia fundamental para la designación del atún como *dolphin safe* al momento de la captura. A pesar del hecho de que ningún atún capturado utilizando métodos de pesca "admitidos" puede designarse con exactitud como *dolphin safe*, no importará que se aplique una pista de auditoría exhaustiva y meticulosa en las fases ulteriores hasta el consumidor estadounidense si la designación inicial como *dolphin safe* es inexacta. Toda la pista de auditoría estará viciada.

81. La presencia de observadores independientes, especialmente capacitados y aprobados por el APICD es obligatoria para la pesca de atún en el PTO y garantiza la exactitud de la información relativa a la condición *dolphin safe* del atún capturado en el PTO. Fuera del PTO no se exige la presencia de observadores independientes. En cambio, de conformidad con la medida sobre el atún modificada, la condición *dolphin safe* del atún se basa únicamente en la autocertificación del capitán a cargo del buque pesquero. Esa autocertificación no tiene sentido. Los capitanes de los buques no están calificados para formular determinaciones en materia de inocuidad para los delfines y, aun cuando lo estuvieran, sus certificaciones son intrínsecamente no fiables. Si bien la medida contempla la posibilidad de que se utilicen observadores fuera del PTO en determinadas circunstancias, esto carece de sentido porque el USDOC no ha formulado ninguna determinación de que concurran las circunstancias, a saber, que los observadores estén cualificados y autorizados en pesquerías de fuera del PTO.

82. La diferencia en el trato por lo que respecta a los observadores independientes dentro y fuera del PTO no está racionalmente conectada con el objetivo de la medida. La autocertificación del capitán acerca del atún capturado fuera del PTO no proporciona información fiable o exacta sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún que contengan ese atún. En consecuencia, el reconocimiento inicial de la condición *dolphin safe* al atún capturado fuera del PTO no es fiable ni exacto. Esto vicia todas las etapas ulteriores de la pista de auditoría hasta el consumidor estadounidense. En consecuencia, los consumidores estadounidenses están recibiendo información que no es fiable ni exacta sobre esos productos de atún, y podrían ser inducidos a error o engañados o podrían, sin saberlo, estar apoyando o alentando que las flotas pesqueras capturen atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines. No hay razones ajenas al objetivo de protección de los delfines que aporten una causa o un fundamento para justificar que se proporcione a los consumidores estadounidenses información fiable y exacta con respecto al atún capturado dentro del PTO, mientras que se les proporciona información que no es fiable ni exacta con respecto al atún capturado fuera del PTO. Las diferencias en el trato por lo que respecta a los observadores independientes dentro y fuera del PTO están diseñadas y se aplican en una forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificada, de modo que no son imparciales.

C. La medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994

83. En las circunstancias de esta diferencia, para determinar la existencia de una infracción del párrafo 1 del artículo I es preciso dar respuesta a tres preguntas: i) si los productos importados de que se trata son productos "similares"; ii) si la medida en litigio concede una ventaja, favor o privilegio a productos originarios de cualquier otro país; y iii) si la ventaja, favor o privilegio se ha concedido "inmediata e incondicionalmente" al producto similar originario de los territorios de todos los demás Miembros.

84. Por las mismas razones expuestas antes con respecto a la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los productos importados en cuestión son "similares" a productos de atún nacionales en el sentido del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.

85. La medida sobre el atún modificada otorga una ventaja en el sentido del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994 a los productos de atún de origen estadounidense y los productos de atún originarios de países distintos de México. La ventaja concedida por la medida sobre el atún modificada es la autorización para utilizar en los Estados Unidos el etiquetado "*dolphin safe*" en los productos de atún. Esta ventaja se concede solo a los productos de atún que contengan atún que satisfaga las condiciones y prescripciones aplicables establecidas en el reglamento de aplicación de la medida sobre el atún modificada. La medida sobre el atún modificada, por lo tanto, afecta "a la venta, la oferta para la venta [y] la compra [...] en el mercado interior" de productos de atún en los Estados Unidos. También disponen de esta ventaja los productos de atún originarios de otros países, incluidos Tailandia y Filipinas, que son las principales fuentes de productos de atún importados en los Estados Unidos.

86. La "ventaja" del acceso a la etiqueta *dolphin safe* no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos de atún similares originarios de los territorios de todos los demás Miembros de la OMC, concretamente México. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron que la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en un producto inocuo para los delfines. Esto sigue siendo así.

D. La medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

87. La medida sobre el atún modificada da a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el otorgado a los productos de atún similares de los Estados Unidos de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. El Órgano de Apelación ha dejado claro que el ámbito de aplicación y el contenido de las disposiciones del párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC son diferentes. Por consiguiente, la decisión del Grupo Especial sobre la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 no resolverá necesariamente la alegación formulada por México al amparo del párrafo 4 del artículo III y por lo tanto es fundamental que el Grupo Especial formule constataciones sobre la alegación formulada al amparo del párrafo 4 del artículo III.

88. El Órgano de Apelación explicó que para que una medida de un Miembro sea incompatible con el párrafo 4 del artículo III deben concurrir tres elementos: i) que los productos importado y nacional en cuestión sean "similares"; ii) que la medida en cuestión 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 estos productos en el mercado interior; y iii) que los productos importados reciban un trato "menos favorable" que el concedido a los productos similares de origen nacional.

89. Por las mismas razones expuestas antes con respecto a la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, los productos importados en cuestión son "similares" a productos de atún nacionales en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

90. La medida sobre el atún modificada, que comprende un grupo de leyes y reglamentos que establecen las prescripciones en materia de etiquetado *dolphin safe*, pertenece a la categoría de "leyes, reglamentos y prescripciones".

91. La medida sobre el atún modificada claramente "afecta" a la venta, la oferta para la venta, la compra y la distribución de productos de atún en el mercado interior. Como constataron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación, el acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" constituye una "ventaja" en el mercado estadounidense; la falta de acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia en el mercado estadounidense; y la intervención del Gobierno, en forma de adopción y aplicación de las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado "*dolphin safe*", afecta a las condiciones en que compiten los productos similares, nacionales o importados, en el mercado comprendido en el territorio de un Miembro.

92. Asimismo, el párrafo 4 del artículo III estipula que los Miembros de la OMC concederán a los productos importados un "trato [no] menos favorable" que el concedido a los productos similares de origen nacional. Como se explicó antes, el Órgano de Apelación constató que el acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" constituye una "ventaja" en el mercado estadounidense, que la falta de acceso a la etiqueta "*dolphin safe*" tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia en el mercado estadounidense, y que la intervención gubernamental, en forma de adopción y aplicación de las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "*dolphin safe*", afecta a las condiciones en que compiten los productos similares, nacionales e importados, en el mercado comprendido en el territorio de un Miembro. Además, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron que la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en un producto inocuo para los delfines, mientras que la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses tiene la posibilidad de ser etiquetado. Esto sigue siendo así.

V. CONCLUSIÓN

93. Teniendo en cuenta lo anterior, México solicita respetuosamente que el Grupo Especial 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.

ANEXO B-2**RESUMEN DE LA SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE MÉXICO****I. INTRODUCCIÓN**

1. En la presente comunicación, México responde a los argumentos planteados por los Estados Unidos y complementa aún más los fundamentos jurídicos y fácticos de sus alegaciones según las cuales la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y, en el caso de las infracciones del GATT de 1994, no puede justificarse en virtud de las excepciones generales del artículo XX.

2. La etiqueta *dolphin safe* continúa negándose a los productos de atún mexicanos, mientras que los productos de atún de las pesquerías de atún fuera del PTO pueden fácilmente etiquetarse *dolphin safe* con tan solo el respaldo de una copia no verificada de una simple declaración del capitán del buque en la que se afirma que el atún es *dolphin safe*, sin prescripciones comparables en materia de seguimiento para verificar la procedencia del atún y su condición *dolphin safe*, y sin tomar en cuenta el considerable efecto perjudicial que tienen en los delfines los métodos de pesca utilizados para capturar atún en las pesquerías distintas del PTO. El equilibrio de las oportunidades de competencia entre los productos de atún mexicanos y los productos similares procedentes de los Estados Unidos y otros países se está alterando sobre la base de que estos otros productos son *dolphin safe* cuando, de hecho, esta condición no puede demostrarse. En consecuencia, muy probablemente haya productos de atún que contengan atún capturado fuera del PTO en circunstancias que causan efectos perjudiciales en los delfines que estén entrando en el mercado estadounidense etiquetados de manera inexacta como *dolphin safe*.

3. Los Estados Unidos han caracterizado indebidamente los argumentos y pruebas presentados por México y han hecho caso omiso de ellos. Por ejemplo, a lo largo de su comunicación, los Estados Unidos dicen reiteradamente que "efectuar lances sobre delfines es *especialmente* dañino para los delfines" (las cursivas figuran en el original), citando el párrafo 289 del informe del Órgano de Apelación. Esta afirmación caracteriza indebidamente la declaración del Órgano de Apelación y la cita fuera de contexto.

II. RESPUESTA A LA DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS PERTINENTES HECHA POR LOS ESTADOS UNIDOS

4. Los Estados Unidos aducen que es improbable que el atún importado de lugares distintos del PTO no sea *dolphin safe* porque algunos de los ejemplos facilitados por México se refieren a la pesca en aguas de países que exportan relativamente poco atún a los Estados Unidos, como la India y Sri Lanka. En respaldo a este argumento, los Estados Unidos recurren a estadísticas aduaneras de importación y a una base confidencial de datos sobre pabellones de buques y tipos de artes supuestamente obtenidos de los formularios 370 y de información comunicada por las fábricas de conservas estadounidenses al recibir atún procedente de buques de pabellón estadounidense. Los Estados Unidos también alegan que México no ha identificado ninguna prueba de mortalidad de delfines causada por buques de países que sean los principales exportadores de productos de atún a los Estados Unidos.

5. En particular, los Estados Unidos afirman que las embarcaciones con pabellón de Tailandia, Filipinas, Viet Nam, el Ecuador, Indonesia y los Estados Unidos capturan más del 96% del atún vendido en el mercado estadounidense de atún enlatado. En respaldo a esta afirmación, los Estados Unidos citan estadísticas de importación correspondientes a productos de atún enlatados y embolsados. Sin embargo, de conformidad con la legislación estadounidense la elaboración del atún entero para obtener lomos (que luego se envasan como productos de atún enlatados o embolsados) se considera una "transformación sustancial" que hace que el país de origen del pescado pase a ser el país donde tiene lugar la elaboración. Por consiguiente, el país de origen de un producto de atún es el país donde tuvo lugar la elaboración, no el país del buque que capturó el atún. El hecho de que los productos de atún tengan origen tailandés, por lo tanto, no indica nada sobre la nacionalidad de los buques que capturaron el atún. Esto lo confirma el hecho de que la

flota de pesca de atún de Tailandia solo puede proveer una parte sumamente pequeña del atún utilizado en los productos de atún elaborados en Tailandia. Tailandia importa anualmente de 800.000 a 900.000 toneladas de atún congelado para abastecer a su rama de producción de enlatados, procedentes principalmente de Taiwán, los Estados Unidos, Corea del Sur, Vanuatu, el Japón y los países de la ASEAN. Además, no se discute que, tal como México demostró previamente, las empresas de transformación de atún en Tailandia obtienen el 80% de su suministro de empresas de comercialización de atún que i) adquieren el atún de terceros y ii) con regularidad, reúnen las capturas de atún de diferentes buques, lo que hace que sea especialmente difícil, si no imposible, rastrear la procedencia inicial del atún.

6. El problema de la exactitud no se limita a Tailandia. La pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) es un fenómeno mundial. Por ejemplo, la Unión Europea recientemente advirtió a varios países, incluidos Corea del Sur y Vanuatu (ambos importantes proveedores de Tailandia), sobre el incumplimiento por su parte de las obligaciones internacionales en materia de lucha contra la pesca ilegal.

7. En consecuencia, es a todas luces evidente que la alegación de los Estados Unidos de que todos los productos de atún de origen tailandés contienen atún capturado por buques de pabellón tailandés es incorrecta. Los Estados Unidos carecen de información sobre la procedencia del atún utilizado en los productos de atún tailandeses, así como en los productos de atún importados de otros países que no son miembros del APICD, como Viet Nam, Filipinas e Indonesia. La falta de esa información se extiende a los lomos de atún importados de Tailandia para su utilización en las fábricas de conservas estadounidenses de Bumblebee y Chicken of the Sea, ya que se informaría de que el origen de los lomos es tailandés aunque el atún fuera capturado, por ejemplo, por un buque de pabellón de Taiwán o Sri Lanka. Esta flagrante inexactitud en la información estadounidense pone en tela de juicio gran parte, si no la totalidad, de los datos de los Estados Unidos sobre la procedencia del atún contenido en productos de atún no procedentes del PTO y los tipos de artes utilizados para capturar ese atún.

8. México ha demostrado previamente que los buques que pescan atún con redes de cerco han dado muerte a muchos delfines en el OPCO. Además, México ha demostrado que otros métodos de pesca utilizados en todo el mundo, especialmente la pesca con palangre, la pesca con redes agalleras y la pesca de arrastre, son sumamente destructivos para los delfines y tienen tanto efectos directos como indirectos.

9. En particular, México ha demostrado que los buques de pabellón estadounidense efectúan lances con redes de cerco sobre delfines en el OPCO y no comunican tales hechos, y que los palangreros estadounidenses dan muerte y hieren a delfines, tanto en la zona de Hawái como en el Atlántico.

10. Según el informe sobre Viet Nam presentado a la Comisión de Pesca del Pacífico Central y Occidental (WCPFC), la flota de Viet Nam pesca atún utilizando palangres, redes de cerco, redes agalleras y sedales; Viet Nam no tiene un recuento fiable de sus buques atuneros, no tiene un método fiable de hacer un seguimiento de la cantidad de descargas de atún y no ha establecido un programa de observadores. Además, México presentó pruebas de que los buques de cerco de pesca de atún filipinos han dado muerte a miles de delfines, que los pescadores filipinos utilizan redes agalleras para capturar delfines y que "las operaciones de cerco en grupo" de Filipinas reúnen las condiciones para quedar exentas de la prohibición general de los transbordos en el mar de la WCPFC. Taiwán tiene con mucho la mayor flota atunera en el OPCO y es el mayor proveedor de atún de Tailandia y otros países. México ha demostrado que los buques taiwaneses utilizan redes agalleras para capturar atún y que la flota taiwanesa de pesca con palangre da muerte a delfines.

11. Las pruebas demuestran claramente que hay importantes riesgos para los delfines en las pesquerías de atún fuera del PTO, como consecuencia de la utilización de varios métodos de pesca diferentes. Los Estados Unidos no han explicado por qué estos otros métodos de pesca -incluida la utilización de redes de cerco fuera del PTO, palangres, redes agalleras, redes de arrastre y redes de deriva en alta mar- deberían considerarse intrínsecamente *dolphin safe*. Como México describió en su primera comunicación escrita, la asociación de atún y delfines se ha observado y documentado en regiones oceánicas distintas del PTO. El hecho de que se esté dando muerte a miles de delfines en redes de cerco fuera del PTO indica que hay buques que con regularidad y deliberadamente efectúan lances sobre delfines fuera del PTO, incluso cuando afirman que se trata

de pesca mediante DCP. Por otra parte, si se está dando muerte a miles de delfines debido a "accidentes", como alegan los Estados Unidos, la asociación entre los delfines y la pesca con redes de cerco fuera del PTO debe de ser especialmente estrecha.

12. La pesca con palangre atrae a los delfines -por el cebo de los anzuelos- lo que significa que los delfines "se asocian" con la pesca con palangre. México también ha demostrado que incluso en los casos en que los delfines no mueren inmediatamente debido a la interacción con los palangres, corren el riesgo de sufrir graves mutilaciones y otros daños. México también ha establecido que la pesca con palangre mata a cientos de miles de delfines anualmente y que este método de pesca es utilizado por algunos de los países que son los principales proveedores del atún utilizado en la producción de productos de atún. México también ha demostrado que la pesca de arrastre mata y hiere a delfines.

13. Los Estados Unidos alegan que la autocertificación del capitán es suficiente para verificar el cumplimiento de las prescripciones aplicables a los productos de atún *dolphin safe*. Sin embargo, el mantenimiento de registros y las inspecciones en las instalaciones de transformación -algo que solo se exige con respecto a las instalaciones de transformación en los Estados Unidos y el PTO, y en ninguna otra parte- no pueden aumentar la exactitud de los certificados de los capitanes. Tampoco pueden hacerlo las certificaciones de los importadores y exportadores, quienes, por supuesto, no están presentes en los buques cuando se captura el atún. De hecho, la afirmación de los Estados Unidos de que las declaraciones de los capitanes son un "instrumento de aplicación fundamental" para verificar el cumplimiento de todas las normas de pesca aplicables se ve contradicha por la actividad generalizada de pesca INDNR que determinadas naciones, incluida la Unión Europea como se analizó antes, intentan combatir. En efecto, recientemente, el Presidente Obama anunció una nueva iniciativa para centrar los recursos del Gobierno de los Estados Unidos en desalentar la pesca INDNR.

14. Con respecto al mantenimiento de registros, los Estados Unidos están de acuerdo en que solo existen prescripciones detalladas en materia de mantenimiento de registros con respecto al atún capturado por grandes buques de cerco que realizan operaciones en el PTO de conformidad con el APICD. Los Estados Unidos también están de acuerdo en que esas prescripciones se aplican a los productos de atún importados de un país del APICD. Los Estados Unidos también están expresamente de acuerdo con que la medida sobre el atún modificada no impone ninguna nueva prescripción en materia de mantenimiento de registros o verificación a las empresas de transformación no estadounidenses. Por lo tanto no se discute que, con respecto al mantenimiento de registros, la medida sobre el atún modificada impone prescripciones a los productos de atún procedentes del PTO que son diferentes de las que impone a los productos de atún procedentes de otras regiones.

15. También es importante el hecho de que los Estados Unidos han confirmado que, en la actualidad, ningún gran buque de cerco de pabellón estadounidense realiza operaciones en el PTO. En consecuencia, ningún producto de atún que contenga atún capturado por los Estados Unidos es objeto de las amplias prescripciones en materia de seguimiento y mantenimiento de registros aplicables al atún del PTO que figuran en los artículos 216.92 y 216.93 del Título 50 del CFR. Cuando las autoridades estadounidenses llevan a cabo su "verificación" de las fábricas de conservas estadounidenses, solo pueden comprobar si una fábrica de conservas mantiene registros de la documentación que recibe; no hay manera de comprobar la validez de la documentación. Los Estados Unidos no llevan a cabo ninguna actividad de verificación de las fábricas de conservas no estadounidenses y reconocieron durante el período de presentación de observaciones sobre sus nuevos reglamentos que el Gobierno de los Estados Unidos no tiene facultades ni capacidad jurídica para llevarlas a cabo fuera del territorio de los Estados Unidos.

16. Las pruebas presentadas por México de la mortalidad y las heridas de los delfines en las pesquerías de atún fuera del PTO, y de la mortalidad y las heridas causadas por otros métodos de pesca, son sustanciales y no controvertidas. Es indudable que las pruebas de México también respaldan la presunción de que hay auténticas preocupaciones con respecto al daño causado a los delfines fuera del PTO.

17. Actualmente, el valor del atún capturado por un buque de cerco durante una expedición ordinaria oscilaría entre aproximadamente 1,4 y 2,2 millones de dólares EE.UU., en el caso del atún listado, y entre 2,7 y 4 millones de dólares EE.UU., en el del atún de aleta amarilla. Dado que en virtud de la medida estadounidense el método de lances sobre delfines no puede utilizarse ni

quiera una vez durante la expedición, se desincentiva en grado sumo que el propio capitán informe de un lance sobre delfines. En el improbable caso de que se sorprendiera a un buque estadounidense tergiversando los hechos -como en el asunto Freitas- la sanción es de solo 11.000 dólares EE.UU. por infracción, que es *de minimis* en relación con el valor de la captura. Por supuesto que los buques no estadounidenses no están expuestos a sanción alguna porque los Estados Unidos no tienen jurisdicción sobre ellos. Por consiguiente, las multas de los Estados Unidos por efectuar lances sobre delfines no son disuasivas. Sin embargo, los productos de atún que contienen atún capturado de esa manera, como cuestión práctica, pueden etiquetarse *dolphin safe* si son capturados fuera del PTO, porque no hay observadores independientes que vigilen las prácticas de pesca.

III. ARGUMENTO JURÍDICO

A. El Grupo Especial tiene competencia en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD para pronunciarse sobre la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

18. Los argumentos planteados por los Estados Unidos de que el Grupo Especial no tiene competencia para examinar la alegación formulada por México según la cual la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC complican innecesariamente una situación muy simple. Es evidente que el Grupo Especial tiene competencia para pronunciarse sobre la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2. Al formular sus argumentos, los Estados Unidos confunden la "alegación" formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 con los "argumentos" de México en apoyo de esa alegación.

19. México está en desacuerdo con que las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado "no han sido modificados" respecto de la medida sobre el atún inicial. Además de con los cambios específicos introducidos en las disposiciones de la medida, la alegación de México guarda relación con la medida sobre el atún modificada en su totalidad, que, al ser la medida "destinada a cumplir", es, "en principio, una medida nueva y distinta". Subsidiariamente, en la medida que el Grupo Especial constate que no se ha modificado ninguna condición o prescripción en materia de etiquetado, el Órgano de Apelación ha declarado que una alegación planteada previamente en el procedimiento inicial puede volver a hacer valer con respecto a un "aspecto" no modificado de la medida "destinada a cumplir" si en el procedimiento inicial no se resolvió el fondo de la alegación, por lo cual el OSD no formuló constataciones con respecto a la alegación. Además, en *Estados Unidos - Reducción a cero (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, el Órgano de Apelación aclaró que las "nuevas alegaciones contra aspectos inseparables de una medida destinada a cumplir que no han sido modificados respecto de la medida inicial" están comprendidas en el mandato de un grupo especial en el marco del párrafo 5 del artículo 21, incluso si tales alegaciones hubieran podido ser planteadas en el procedimiento inicial, pero no lo fueron. En contra de las alegaciones de los Estados Unidos, la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC con respecto a la medida sobre el atún modificada de ninguna manera "pon[e] en peligro los principios de equidad fundamental y debido proceso".

B. La medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

20. El argumento de los Estados Unidos de que la medida sobre el atún modificada no infringe el párrafo 1 del artículo 2 porque el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima es infundado. Dada la reciente resolución del Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*, México limita su comunicación al enfoque del Órgano de Apelación.

21. Contrariamente a los argumentos de los Estados Unidos, la distinción reglamentaria pertinente abarca las tres condiciones y prescripciones en materia de etiquetado identificadas por México en el presente procedimiento. Si una distinción reglamentaria constituye un medio de "discriminación arbitrario", no es imparcial y por lo tanto no es una distinción legítima. En tales circunstancias, no puede decirse que el efecto perjudicial se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. El significado de la expresión "discriminación arbitraria" que figura en la parte introductoria del artículo XX proporciona contexto a efectos del significado de la

expresión en el párrafo 1 del artículo 2. En *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación constató que si los elementos de una medida son "contrarios al espíritu, si no a la letra, del párrafo 3 del artículo X", que establece determinadas normas mínimas de transparencia y equidad procesal en la administración de las reglamentaciones comerciales, la medida se aplica de una manera que equivale a una discriminación arbitraria en el sentido de la parte introductoria. Tanto la evaluación de la aplicación imparcial de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo X del GATT como la de la imparcialidad de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC dependen de un examen de la manera en que se aplican la ley o el reglamento en cuestión. Además, como sostuvo el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*, uno de los factores más importantes en la evaluación de la discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX es la cuestión de "si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con" el objetivo de política pertinente. Por consiguiente, el análisis de la aplicación imparcial en el marco del párrafo 3 a) del artículo X y el análisis de una conexión racional en el marco de la parte introductoria del artículo XX pueden utilizarse como instrumentos para evaluar la imparcialidad en el sentido del párrafo 1 del artículo 2.

22. **Exclusión/admisión de métodos de pesca.** Los Estados Unidos no han refutado la presunción *prima facie* establecida por México de que las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado impuestas por la medida sobre el atún modificada diferían en función del método de pesca utilizado para capturar atún, y que esta diferencia reglamentaria -que de hecho excluye el método de pesca utilizado por la mayoría de la flota atunera mexicana como método para capturar atún que pueda llevar la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos, mientras que de hecho admite otros métodos de pesca que se sabe que causan daño a los delfines- no era imparcial.

23. Los Estados Unidos aducen que "México no puede demostrar que ciertas otras técnicas de pesca tengan efectos perjudiciales en los delfines que sean iguales o mayores que los que tienen los lances sobre delfines en los delfines", pero esto solo pone de manifiesto que el punto de referencia utilizado por los Estados Unidos para excluir o admitir un método de pesca no está claro en absoluto. Las justificaciones cambiantes e incongruentes dadas por los Estados Unidos son una prueba convincente de arbitrariedad. Si bien los Estados Unidos también aducen que hay "significativos testimonios científicos" en los que se basa la distinción entre los métodos de pesca, no han presentado ningún testimonio científico que respalde la diferencia reglamentaria. Además, la medida sobre el atún modificada no permite efectuar una evaluación científica más a fondo del efecto perjudicial en las poblaciones de delfines del PTO, y el Servicio Nacional de Pesca Marítima nunca ha realizado una evaluación de los riesgos para los delfines en otras regiones oceánicas. Por último, los Estados Unidos tratan de distinguir los lances sobre delfines de otros métodos de pesca aduciendo que "efectuar lances sobre delfines es la única técnica de pesca cuyo objetivo específico son los delfines", que "es intrínsecamente perjudicial para los delfines" y que "otros métodos de pesca no causan el mismo daño", mientras el daño causado por las redes agalleras es "solo por accidente". Este argumento pone de relieve la ausencia de una conexión racional entre la diferencia en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado impuestas por la medida sobre el atún modificada y los objetivos de esa medida. La cuestión de si los operadores de los buques afirman o no que la mortalidad o las heridas graves fueron un "accidente" no es pertinente.

24. **Prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación.** Los Estados Unidos no han refutado la presunción *prima facie* establecida por México de que, en el marco de la medida sobre el atún modificada, las condiciones y prescripciones de etiquetado *dolphin safe* relacionadas con el mantenimiento de registros, el seguimiento y la verificación difieren en función de la zona geográfica donde se captura el atún y que esta diferencia no es imparcial. Si bien la medida sobre el atún modificada establece un sistema de mantenimiento de registros y seguimiento amplio y verificado de manera independiente con respecto a la condición *dolphin safe* del atún capturado en el PTO, no exige ni una verificación independiente de la condición *dolphin safe* de los productos que contengan atún capturado fuera del PTO ni un medio eficaz de hacer un seguimiento de esa condición mientras se almacena a bordo de buques pesqueros, se junta al atún capturado por otros buques pesqueros, se descarga en el puerto, se negocia a través de intermediarios, se transborda, se transforma parcialmente en lomos, se transforma en productos acabados de atún y se importa en los Estados Unidos.

25. La exactitud de la condición *dolphin safe* de los productos de atún en el marco de la medida sobre el atún modificada es fundamental para evaluar si la medida es "imparcial". Como explicó

México en su primera comunicación escrita, no hay suficientes prescripciones y procedimientos en el marco de la medida sobre el atún modificada para proporcionar la pista de auditoría necesaria para hacer un seguimiento del atún. En consecuencia, no se está proporcionando información exacta sobre la condición *dolphin safe* de los productos de atún que contienen atún capturado fuera del PTO. Considerando que se proporciona a los consumidores estadounidenses información exacta sobre la condición *dolphin safe* de los productos que contienen atún capturado en el PTO, pero información que intrínsecamente no puede verificarse, no es fiable y es inexacta sobre la condición *dolphin safe* de productos que contienen atún capturado fuera del PTO, las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado relacionadas con el mantenimiento de registros y la verificación carecen de imparcialidad y constituyen un medio de discriminación arbitrario o injustificado. Es sumamente probable, si no seguro, que los productos de atún obtenidos de atún capturado fuera del PTO en circunstancias no *dolphin safe* entren al mercado estadounidense etiquetados de manera inexacta como *dolphin safe*. A esos productos de atún se les concede una ventaja competitiva ilegítima respecto de productos por lo demás equivalentes que contienen atún no *dolphin safe* capturado en el PTO. De conformidad con el análisis del Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas* en el contexto de la parte introductoria del artículo XX, que constató que se había establecido una presunción *prima facie* sobre la base de que los productos derivados de las focas obtenidos en cacerías "con fines comerciales" podrían entrar en el mercado europeo clasificados inexactamente en virtud de la excepción CI, México solo está obligado a demostrar que, en las circunstancias relacionadas con el diseño y la aplicación de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificada, los productos de atún que contienen atún no *dolphin safe* capturado fuera del PTO podrían entrar en el mercado de los Estados Unidos etiquetados de manera inexacta como *dolphin safe*. La carga luego se desplaza a los Estados Unidos para que den suficientes explicaciones sobre cómo pueden prevenirse tales casos en la aplicación de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificada. Si bien México ha cumplido con creces la norma exigida para establecer una presunción *prima facie*, los Estados Unidos no han dado absolutamente ninguna explicación, y menos aún presentado ninguna prueba y, por lo tanto, no han satisfecho su carga.

26. **Prescripciones obligatorias en materia de observadores.** Los Estados Unidos no han refutado la presunción *prima facie* establecida por México de que la ausencia de una prescripción obligatoria en materia de observadores para la pesca de atún fuera del PTO significaba que el efecto perjudicial de la medida sobre el atún modificada en las importaciones de productos de atún mexicanos no se derivaba exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima sino que, en cambio, refleja la existencia de discriminación contra un grupo de productos importados. Si la designación inicial como *dolphin safe* es inexacta en el momento de capturar el atún, toda la pista de auditoría correspondiente a los productos de atún estará viciada.

27. Los Estados Unidos aducen que está permitido hacer esa discriminación arbitraria porque de hecho refleja una "adaptación" a las amenazas relativas que plantean para los delfines los diferentes métodos de pesca. Este argumento de la "adaptación", que implica que es aceptable proporcionar información no fiable a los consumidores estadounidenses con respecto al atún capturado fuera del PTO, es totalmente incompatible con el objetivo principal de la medida, que depende de que la información sea exacta y no puede conciliarse con el objetivo de política pertinente. Los Estados Unidos no pueden justificar la autocertificación haciendo referencia a otros contextos reglamentarios porque es imposible confirmar o verificar la exactitud de una certificación *dolphin safe* mediante una auditoría posterior a la entrada. Es una realidad práctica de las actividades de pesca de atún que, en el momento en que el atún llega al territorio de los Estados Unidos, las autoridades no tienen forma de verificar la exactitud de la certificación *dolphin safe* expedida por el capitán. El atún en cuestión es capturado y certificado por el capitán en alta mar, a miles de kilómetros de la costa y lejos de la supervisión de autoridades objetivas e independientes. Como sostuvo el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas y Estados Unidos - Camarones*, los mecanismos de verificación y auditoría eficaces son de fundamental importancia para la cuestión de si una medida puede aplicarse de forma que constituya un medio de discriminación arbitrario. Además, los Grupos Especiales que entendieron en los asuntos *Argentina - Piel y cueros* y *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)* sostuvieron, en el contexto del párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994, que los supuestos en que un instrumento jurídico establece la participación de una parte privada de la rama de producción en la aplicación de normas que afecten a los propios intereses comerciales de esa parte, a falta de salvaguardias adecuadas, "entrañan el riesgo" de que dicha parte aplique las leyes o reglamentos en interés propio, es decir, de manera adaptada a sus propios intereses comerciales y, por lo tanto, sin imparcialidad. Esta es exactamente la situación de las condiciones y prescripciones en materia de

etiquetado establecidas en la medida sobre el atún modificada relativas a las autocertificaciones por los capitanes de la condición "*dolphin safe*" del atún capturado por sus propios buques pesqueros, y no hay salvaguardias para abordarla.

C. La medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

28. Los Estados Unidos no han refutado la presunción *prima facie* establecida por México de que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III. La defensa de los Estados Unidos consiste en basarse en determinadas constataciones formuladas por el Grupo Especial inicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC que fueron revocadas por el Órgano de Apelación y en basarse en una interpretación del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III que fue expresamente rechazada por el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*.

29. En *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación sostuvo que el párrafo 1 del artículo I prohíbe establecer condiciones para la concesión de una ventaja -incluido establecer distinciones reglamentarias entre productos importados similares- que "tienen un efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia para los productos importados similares procedentes de cualquier Miembro". El Órgano de Apelación afirmó que la constatación de la existencia de un efecto perjudicial es suficiente por sí misma para demostrar una infracción del párrafo 1 del artículo I y/o el párrafo 4 del artículo III, y esas disposiciones no exigen efectuar un análisis ulterior de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima (es decir, un "análisis de la discriminación"). Nada de lo dispuesto en la medida sobre el atún modificada ha disminuido o reducido al mínimo el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos importados causado por la distinción reglamentaria impuesta en la medida sobre el atún inicial. Más bien, la distinción reglamentaria sigue siendo sustancialmente la misma y, en la práctica, los productos de atún de origen mexicano siguen excluyéndose del mercado estadounidense.

D. Las incompatibilidades con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III no pueden justificarse en virtud del artículo XX del GATT de 1994

30. Los Estados Unidos han invocado las excepciones generales establecidas en los apartados b) y g) del artículo XX del GATT de 1994. Ninguno de ellos es aplicable a la medida en litigio.

31. El Grupo Especial que entendió en el procedimiento inicial identificó dos objetivos de la medida sobre el atún modificada -el "objetivo de información al consumidor" (el objetivo principal) y el "objetivo de protección de los delfines" (el objetivo secundario)- y constató la existencia de una correlación directa entre estos dos objetivos. El "objetivo de información al consumidor" principal no guarda relación alguna con las excepciones establecidas en los apartados b) y g), teniendo en cuenta que no se logra proporcionar información exacta a los consumidores estadounidenses sobre si los productos de atún contienen atún capturado de forma que causó efectos perjudiciales a los delfines. El "objetivo de protección de los delfines" secundario depende de que se logre el objetivo primario. Dado que la medida no cumple su objetivo primario, no puede cumplir su objetivo secundario.

32. El apartado b) del artículo XX exige que la medida en litigio sea "necesaria" para lograr el objetivo que persigue. Debido a las inexactitudes mencionadas antes, la medida sobre el atún modificada no hace frente al daño causado a los delfines como resultado de los métodos de pesca de atún fuera del PTO y, por lo tanto, no contribuye a los objetivos que persigue y no es "necesaria". Además, hay medidas alternativas que restringen menos el comercio y están razonablemente al alcance de los Estados Unidos que pueden lograr los objetivos que persigue. En primer lugar, el establecimiento de sistemas de observadores independientes y calificados y de seguimiento del atún fuera del PTO que sean equivalentes a los mantenidos en el marco del APICD equilibraría las condiciones y prescripciones en materia *dolphin safe* de la medida sobre el atún modificada. Esto reduciría la discriminación *de facto* contra los productos de atún mexicanos y, por lo tanto, restringiría menos el comercio. En segundo lugar, la medida podría revisarse para permitir la coexistencia de sistemas de etiquetado que deban, cada uno de ellos, en el marco de la legislación estadounidense, proporcionar a los consumidores información completa y exacta sobre: el método de pesca utilizado para capturar el atún contenido en el producto; los riesgos de captura

incidental relacionados con ese método de pesca; la sostenibilidad del método de pesca; y las medidas adoptadas para proteger a los delfines y el tipo de sistema de seguimiento y verificación que respalde el sistema de protección. Esta alternativa daría oportunidades más razonables para que los productos de atún mexicanos accedan a los principales canales de distribución del mercado estadounidense y, en consecuencia, restringiría menos el comercio. Ambas alternativas proporcionarían a los consumidores estadounidenses información más exacta y estarían razonablemente disponibles.

33. El apartado g) del artículo XX no es aplicable porque la medida sobre el atún modificada no es relativa a la "conservación" de los delfines. No está prevista, diseñada ni se aplica como una medida necesaria para conservar las poblaciones de delfines durante las operaciones de pesca de atún en el PTO ni para favorecer la recuperación de las poblaciones de delfines. Las inexactitudes de la información señaladas antes menoscaban aún más cualquier efecto de conservación que la medida pueda tener. En consecuencia, la medida no tiene una "relación sustancial" con la meta de conservación, de manera tal que no "solamente [tenga] por objeto la conservación ... de una forma accidental o por inadvertencia", como contemplaron el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Gasolina* y el Grupo Especial que entendió en el asunto *China - Tierras raras*. Además, la medida no "se apli[ca] conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales". Los Estados Unidos no han identificado ninguna de esas "restricciones a la producción o al consumo nacionales", ya que no puede decirse que exista ninguna.

34. Si el Grupo Especial constata que el apartado a) y/o el apartado g) podrían aplicarse, la medida sobre el atún modificada no cumple las prescripciones de la parte introductoria del artículo XX porque la medida se ha diseñado y se aplica de una manera que constituye una discriminación arbitraria o injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones. De conformidad con el análisis establecido por el Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas*, las condiciones que prevalecen en los diferentes países "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" son "las mismas" en lo pertinente en el sentido de la parte introductoria del artículo XX. Los efectos perjudiciales en los delfines causados por la pesca comercial de atún son los mismos en el caso de todos los países que se dedican a la pesca comercial de atún y, en consecuencia, en el de todos los países que utilizan el atún capturado mediante esa pesca comercial de atún en la producción de productos acabados de atún. Debido a esos efectos generalizados, cada país que produce productos de atún produce al menos algunos productos de atún que contienen atún capturado de forma que causó efectos perjudiciales en delfines.

35. La medida se aplica en forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificable porque las condiciones y prescripciones diferentes en materia de etiquetado para el atún capturado en el PTO y el atún capturado fuera del PTO se han diseñado y se aplican de una forma que carece de imparcialidad y constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable, y da lugar a diferencias reglamentarias que modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún procedentes de México frente a los productos similares de origen estadounidense y los productos similares originarios de otros países. Si bien todos los países producen productos de atún que contienen atún capturado de forma que causa efectos perjudiciales a los delfines, las condiciones y prescripciones diferentes en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificada se han diseñado y se aplican de forma que *de facto* impide utilizar la etiqueta *dolphin safe* solo a los productos de atún mexicanos, lo que claramente constituye un trato diferenciado de los productos similares procedentes de países en los que prevalecen las mismas condiciones. Esto necesariamente da lugar a una "discriminación arbitraria e injustificable" en el sentido de la parte introductoria del artículo XX. Además, esta discriminación no puede conciliarse ni relacionarse racionalmente con los objetivos de la medida sobre el atún modificada. Por último, la actuación unilateral de los Estados Unidos al diseñar y aplicar las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificada de forma que contradice y menoscaba el régimen de etiquetado *dolphin safe* en el marco del APICD -que se negoció y acordó multilateralmente entre los Estados Unidos, México y otros países miembros de la CIAT con el objetivo específico de establecer un régimen de etiquetado *dolphin safe* para proteger a los delfines y otras especies marinas del PTO de las prácticas de pesca de atún perjudiciales- da lugar a una discriminación arbitraria o injustificable. Si los Estados Unidos en primer lugar hubieran tratado de atender sus restantes preocupaciones en el marco del APICD y se hubieran visto rechazados, la cuestión jurídica en esta diferencia habría sido diferente. Pero los Estados Unidos ni siquiera lo intentaron. Simplemente actuaron por su cuenta al aplicar una medida extraterritorial.

IV. CONCLUSIONES

36. Sobre la base de los fundamentos precedentes, México solicita respetuosamente que el Grupo Especial constate que las medidas de los Estados Unidos son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. México solicita además que el Grupo Especial constate que las excepciones generales del artículo XX del GATT de 1994 no son aplicables a las infracciones del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III.

ANEXO B-3**RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL INICIAL DE MÉXICO
EN LA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL**

1. Hace un cuarto de siglo, México, los Estados Unidos y otros países reconocieron universalmente que los niveles de mortalidad de los delfines registrados en la pesquería de atún del Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO) eran inaceptable e insosteniblemente altos. México, los Estados Unidos y las partes de la CIAT emprendieron una iniciativa de cooperación multilateral que llevó a la creación del Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD), a cambio de que los Estados Unidos modificaran su legislación y definición *dolphin safe* y pasaran de un criterio basado en el método de captura a un criterio basado en si se da muerte o hiere a delfines. Es indiscutible que ninguna otra pesquería de atún en el mundo está regulada tanto y tan eficazmente en pro de la seguridad de los delfines como la del PTO. Sin embargo, no se permite que los productos de atún mexicanos se etiqueten *dolphin safe*, mientras que se permite utilizar la etiqueta *dolphin safe* para los productos de atún de todas las demás pesquerías, a pesar del hecho de que en esas otras pesquerías de atún todos los años se da muerte a miles de delfines. Esta es una auténtica tragedia para el medio ambiente mundial y también socava los objetivos de brindar información a los consumidores que los Estados Unidos pretenden alcanzar. México considera que esta reclamación planteada ante la OMC ha contribuido a centrar la atención en las prácticas de pesca destructivas y la falta de protección de los delfines en todas las pesquerías del mundo.

2. La cuestión que tiene ante sí este Grupo Especial es si la medida sobre el atún modificada es compatible con las obligaciones de no discriminación que corresponden a los Estados Unidos en virtud 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 y, en el caso del GATT de 1994, de si la medida modificada sobre el atún puede estar justificada en virtud del artículo XX. Las comunicaciones escritas de México establecen una presunción *prima facie* con respecto a todos los elementos de sus alegaciones.

I. MÉXICO HA PRESENTADO PRUEBAS *PRIMA FACIE* QUE LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO

3. Los Estados Unidos han aceptado la posibilidad de que se dé muerte a delfines en otras regiones oceánicas, incluso con métodos distintos de los lances sobre delfines, y que ese daño incluye efectos no observados. Esto es coherente con las constataciones del Grupo Especial en el procedimiento inicial. Además, la medida sobre el atún modificada supuestamente asegura a los consumidores con toda certeza que al capturar el atún no se dio muerte ni hirió a ningún delfín. Sin embargo, las prescripciones de los Estados Unidos aplicables al atún no procedente del PTO, y sus mecanismos para aplicar esas prescripciones, no pueden dar esa seguridad.

4. Los Estados Unidos tratan de beneficiarse del hecho de que, fuera del PTO, nadie vigila atentamente los daños que puedan causarse a los mamíferos marinos. Aducen que, a falta de estudios pormenorizados, debe presumirse que fuera del PTO no se está dañando a los delfines. Por el contrario, México ha presentado pruebas más que suficientes para demostrar que se está dando muerte regularmente a un importante número de delfines en pesquerías de atún fuera del PTO.

5. Los Estados Unidos afirman que las pruebas de daño no observado a los delfines en el PTO se corroboraron con certeza cuando, en el procedimiento inicial, el Grupo Especial constató que "hay un cierto grado de incertidumbre en relación con la medida en que los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, más allá de la mortalidad observada". Al mismo tiempo, los Estados Unidos se quejan de que las pruebas presentadas por México que demuestran que fuera del PTO se ha dado muerte o mutilado a miles de delfines con métodos de pesca que incluyen los lances sobre delfines, la pesca con palangre y la pesca mediante DCP son "*ad hoc*" o demasiado "antiguas". La principal cuestión planteada es por qué los Estados Unidos aplican a las pruebas presunciones tan sumamente diferentes en función de si la pesca se lleva a cabo dentro o fuera del PTO.

6. En su primera comunicación escrita, los Estados Unidos adujeron que "las embarcaciones con pabellones de Tailandia, Filipinas, Viet Nam, el Ecuador, Indonesia y los Estados Unidos producen productos de atún que representan más del 96% del mercado estadounidense de atún enlatado". En respuesta, México demostró que la afirmación de los Estados Unidos era errónea, en particular debido a que Tailandia no tiene una flota atunera importante. Ahora, en su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos alegan que sus bases de datos confidenciales indican que Taiwán es el mayor proveedor de atún para productos de atún exportados a los Estados Unidos, y que entre los principales proveedores también están China, Vanuatu y Corea del Sur, ninguno de los cuales habían mencionado anteriormente. Por estas razones, México reafirma su posición de que los Estados Unidos no tienen un método fiable para el seguimiento de la procedencia del atún contenido en los productos de atún elaborados con atún no capturado en el PTO.

7. A este respecto, México señala que los Estados Unidos defendieron su utilización de la autocertificación al afirmar que las declaraciones de los capitanes, los cuadernos de bitácora "y otras herramientas similares" "siempre han sido un instrumento de aplicación fundamental para que los Miembros verifiquen el cumplimiento de las normas de pesca aplicables". México presentó pruebas de que los principales proveedores de atún y productos de atún a los Estados Unidos no tienen programas de cuaderno de bitácora y no pueden hacer el seguimiento de la procedencia del atún importado en sus países para elaborar productos de atún. Ahora, en su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos dicen que no les importa si los gobiernos extranjeros vigilan las prácticas de pesca o la procedencia del atún importado, porque los Estados Unidos confían en que los buques pesqueros y las empresas de transformación de atún tienen la información necesaria y la están notificando con exactitud. Sin embargo, los Estados Unidos también admiten que no tienen jurisdicción sobre los buques y las empresas de transformación extranjeros.

8. En su segunda comunicación escrita, los Estados Unidos alegan que la mortalidad de los delfines en el Océano Pacífico Central y Occidental es inferior a la registrada en el PTO. Sin embargo, los Estados Unidos se basan en un informe que presenta datos sobre solo una fracción de la pesca de atún en esa región oceánica. Además, existe un gran retraso en la notificación a la WCPFC de datos exactos del programa regional de observadores. México considera que las pruebas indican que la mortalidad es muy superior.

9. Hace apenas unas pocas semanas, el Departamento de Comercio anunció que exigiría que los observadores, cuando ya estén a bordo de los atuneros estadounidenses por otras razones, corroboren la certificación *dolphin safe*. Esta prescripción solo se aplica a determinadas pesquerías de atún en aguas interiores de los Estados Unidos y no aumenta el nivel de presencia de observadores en ninguna de esas pesquerías. Es significativo que el Departamento de Comercio admitiera que ningún programa extranjero de observadores, aparte de los que funcionan bajo los auspicios del APICD, está cualificado para expedir certificaciones *dolphin safe*.

10. Para justificar que no se exija un 100% de cobertura por observadores en el caso de los productos de atún no procedentes del PTO, los Estados Unidos exageran burdamente los costos de los programas de observadores, y sus cálculos presentan varios problemas. Los costos por concepto de observadores del programa APICD son menores de lo que afirman los Estados Unidos. Los costos del programa de observadores de México para los buques palangreros que operan en el Golfo de México aportan otros datos comparativos, que se presentan en una prueba documental. El hecho de que México pueda pagar por tener observadores independientes demuestra que un programa de observadores está razonablemente al alcance. El argumento de los Estados Unidos de que su Gobierno y su rama de producción no pueden permitírselo no es creíble.

II. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO LA ALEGACIÓN FORMULADA POR MÉXICO AL AMPARO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2

11. Los Estados Unidos aducen que la alegación formulada por México no está comprendida en el mandato del Grupo Especial porque se basa íntegramente en aspectos de la medida inicial que el OSD no constató que infringieran el párrafo 1 del artículo 2 en el procedimiento inicial y que no han sido modificados.

12. En primer lugar, la alegación de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 impugna la compatibilidad de la medida sobre el atún modificada "en su totalidad". México está de acuerdo con la Unión Europea en que los diversos aspectos de la medida sobre el atún modificada son inseparables entre sí, ya que "solo pueden considerarse de manera válida y razonable en conjunto". En segundo lugar, la medida sobre el atún modificada es, "en principio, una medida nueva y diferente" que no se había sometido a la consideración del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. En tercer lugar, el Órgano de Apelación ha establecido que un Miembro no "tiene derecho a suponer" en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 que un aspecto de la medida sobre el que no se adoptó una decisión en cuanto al fondo en el procedimiento inicial es compatible con los acuerdos abarcados pertinentes.

13. México está de acuerdo con los Estados Unidos en que el efecto perjudicial de la medida en los productos de atún mexicanos es consecuencia de que la mayoría de esos productos contiene atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, y en consecuencia no reúne las condiciones para llevar una etiqueta *dolphin safe*, mientras que la mayoría de los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países que se venden en el mercado estadounidense contiene atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO y en consecuencia reúne las condiciones para llevar una etiqueta *dolphin safe*.

14. Con respecto a la cuestión de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima en el sentido del párrafo 1 del artículo 2, es necesario examinar la distinción reglamentaria que causa este efecto perjudicial. Esta distinción reglamentaria "pertinente" incluye las diferencias en las tres condiciones y prescripciones en materia de etiquetado aplicables a los productos de atún identificadas por México:

- la utilización del principal método de pesca de México está permanentemente excluida para capturar atún *dolphin safe*, mientras que los métodos de pesca utilizados por los Estados Unidos y otros países están admitidos para capturar atún *dolphin safe*;
- el atún y los productos de atún de México están sujetos a estrictas prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación, mientras que el atún y los productos de atún de los Estados Unidos y otros países no están sujetos a esas prescripciones y, por lo tanto, pueden ser etiquetados indebidamente como *dolphin safe* cuando, de hecho, no lo son; y
- en el caso del atún mexicano, la designación inicial de la condición *dolphin safe* está sujeta a prescripciones obligatorias en materia de observadores independientes, mientras que en el caso del atún procedente de otros países, la designación inicial de la condición *dolphin safe* no es efectuada por observadores independientes, lo que permite que el atún se etiquete indebidamente como *dolphin safe* cuando, de hecho, no lo es.

15. Los productos de atún mexicanos están siendo perjudicados por las diferencias reglamentarias en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado señaladas antes. Las prescripciones y condiciones que se aplican a la pesca de atún fuera del PTO son deficientes. En consecuencia, contrariamente a la posición expuesta por los Estados Unidos, la medida sobre el atún modificada no impide la admisibilidad de los productos de atún que contengan atún capturado fuera del PTO en circunstancias en que se dio muerte o se hirió gravemente a delfines.

16. Los Estados Unidos critican la interpretación de la imparcialidad efectuada por México porque se basa en el significado de la expresión "discriminación arbitraria" que figura en la parte introductoria del artículo XX. Esta crítica es infundada. En el asunto *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación reconoció que "hay importantes paralelismos entre los análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la cláusula introductoria" y que el concepto de "discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones" figura en ambos. Si bien el ámbito y la aplicación de las disposiciones difieren, al interpretar el significado del término "imparcialidad" que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es claramente adecuado utilizar como contexto el significado de la expresión "discriminación arbitraria" establecido en el marco del artículo XX.

17. Los Estados Unidos aducen que las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y de observadores forman parte del APICD y no de la medida sobre el atún modificada. Sin embargo, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y de observadores están incluidas en la medida sobre el atún modificada. Se aplican igualmente a la medida sobre el atún modificada y el APICD. México no está impugnando la aplicación a la flota mexicana de las prescripciones en materia de seguimiento, verificación y observadores. La posición de México es que la ausencia de estas prescripciones fundamentales con respecto a los productos de atún procedentes de otros países no es imparcial. Los principales métodos de pesca distintos de la pesca con caña y línea tienen significativos efectos perjudiciales en los delfines. Dados estos efectos perjudiciales, México ha acreditado *prima facie* que no hay un fundamento para que la medida sobre el atún modificada admita todos los demás métodos de pesca para capturar atún *dolphin safe* y, al mismo tiempo, excluya el método de efectuar lances sobre delfines de manera compatible con el APICD. Este trato diferente no es imparcial.

18. Los Estados Unidos han defendido diferentes enfoques para evaluar la imparcialidad de la distinción que hacen entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca. Un enfoque es el punto de referencia de tolerancia cero, conforme al cual un método debería excluirse si se considera que causa efectos no observables. Dado que los Estados Unidos están de acuerdo en que otros métodos de pesca causan "perjuicios no observados" a los delfines, si se aplica este punto de referencia, no es imparcial que los Estados Unidos no excluyan también esos métodos.

19. Los Estados Unidos también han indicado que en lugar de la tolerancia cero podría aplicarse un enfoque según el cual el criterio aplicable sería si el método de pesca está causando un determinado nivel de mortalidad observada comparable al del PTO. Con respecto a la utilización del nivel real de mortalidad en el PTO como punto de referencia, hace tiempo que esta mortalidad se ha reducido a un nivel estadísticamente insignificante en relación con las poblaciones de delfines en el PTO. Además, es fundamentalmente arbitrario utilizar la mortalidad de los delfines asociada al método de pesca de México como base para justificar la exclusión total del método de pesca de México. Con arreglo a esa prueba, el método de pesca de México nunca podría admitirse. Sin embargo, hay una base razonable para concluir que se está dando muerte a miles de delfines en otras pesquerías, pero los métodos de pesca utilizados en esas pesquerías no han sido excluidos.

20. Los Estados Unidos aducen que "efectuar lances sobre delfines es *intrínsecamente* peligroso para los delfines". Sin embargo, prácticamente todos los principales métodos de pesca son peligrosos para los delfines. Estos efectos perjudiciales son un reflejo de las características de los métodos de pesca y, por lo tanto, son igualmente *intrínsecos a esos métodos de pesca*.

21. Por último, los Estados Unidos aducen que "solo hay un método de pesca dirigido a los delfines" y que los lances sobre delfines implican "el ataque deliberado a esos delfines". No hay una conexión racional entre esta declaración y el objetivo de la medida sobre el atún modificada. Lo que importa es la cuestión de si se sabe que un método de pesca causa efectos perjudiciales a los delfines, incluso si tales efectos son "incidentales". Todos los principales métodos de pesca distintos de la pesca con caña y línea tienen efectos perjudiciales en los delfines. Pero solo en el PTO se han adoptado medidas positivas con el fin de reducir al mínimo y de manera eficaz los riesgos para los delfines.

22. En el marco de la medida sobre el atún modificada, la expresión "delfines ... muertos o heridos gravemente" claramente está diseñada y se aplica de manera absoluta en el contexto de los efectos perjudiciales observados. El atún capturado en lances de pesca u otro empleo de artes no puede etiquetarse como *dolphin safe* si se observa una sola muerte o herida grave de delfín mientras se efectúa el lance o se emplean otras artes. Esto tiene importantes consecuencias para el análisis de imparcialidad realizado por el Grupo Especial a la luz de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado relacionadas con el seguimiento y la verificación y los observadores.

23. Para garantizar que el atún es *dolphin safe* y no *dolphin safe*, independientemente de la pesquería donde se capture el atún o el método de pesca utilizado para capturarlo, son necesarias las prescripciones de seguimiento y verificación en todas las pesquerías de atún; de lo contrario no hay manera de asegurar que los productos de atún estén etiquetados con exactitud. En el marco de la medida sobre el atún modificada no se aplican, y por ese motivo la distinción reglamentaria pertinente no es imparcial.

24. La garantía de la etiqueta de que no se ha dado muerte ni herido gravemente a delfines incorpora un criterio de "tolerancia cero". Para que la certificación *dolphin safe* sea algo más que una designación arbitraria, la información sobre la cual se base debe ser exacta y verificable. El sistema de autocertificación del capitán previsto en la medida sobre el atún modificada tiene deficiencias intrínsecas, ya que crea un riesgo muy real, si no la certeza, de que fuera del PTO se expedirán certificaciones *dolphin safe* inexactas. Para subsanar esta deficiencia de la medida sobre el atún modificada, las condiciones y prescripciones en materia de observadores deben modificarse para que la exactitud de la condición *dolphin safe* del atún pueda garantizarse desde el punto de captura inicial hasta el punto de venta al por menor.

III. LOS ESTADOS UNIDOS NO HAN REFUTADO LA ALEGACIÓN FORMULADA POR MÉXICO AL AMPARO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO I Y EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

25. México ha demostrado que, con respecto a sus alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, las condiciones y prescripciones establecidas en la medida sobre el atún modificada tienen un efecto perjudicial *de facto* en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado de los Estados Unidos frente a los productos de atún similares originarios de los Estados Unidos y otros países al denegar efectivamente a los productos de atún de origen mexicano la ventaja del acceso a la etiqueta *dolphin safe*. La medida sobre el atún modificada, en su conjunto, es incompatible con estas disposiciones.

26. Los Estados Unidos aducen que "el enfoque de México condenaría a muchas medidas legítimas y auténticamente no discriminatorias". Este argumento deliberadamente pasa por alto el contexto, el diseño y la estructura del GATT de 1994, fusionando el párrafo 4 del artículo III con el artículo XX. El derecho de los Miembros a establecer distinciones reglamentarias legítimas está protegido por el artículo XX. No hay justificación para imponer un análisis de la "distinción reglamentaria legítima" en la evaluación de la discriminación efectuada en el marco del párrafo 1 del artículo I o el párrafo 4 del artículo III.

IV. LAS INFRACCIONES DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO I Y EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT POR LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA NO ESTÁN PROVISIONALMENTE JUSTIFICADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO XX

27. Los Estados Unidos tienen la carga de demostrar que las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado previstas en la medida sobre el atún modificada cumplen los requisitos de los apartados b) y g) del artículo XX del GATT de 1994. Los Estados Unidos no lo han hecho.

28. Si el Grupo Especial constata que la medida está justificada provisionalmente en virtud de uno de estos apartados, la parte introductoria del artículo XX prohíbe medidas que "se apliquen ... en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones". La medida sobre el atún modificada no cumple este requisito.

29. Los Estados Unidos alegan que la "condición" pertinente a los efectos del párrafo introductorio del artículo XX son los "daños diferentes causados a los delfines por efectuar lances sobre delfines, por un lado, y por la pesca con redes de cerco (distinta de los lances sobre delfines), con palangre, con caña y línea, por otro". Este argumento pasa por alto el hecho de que la medida sobre el atún modificada concierne a los efectos perjudiciales en los delfines; no concierne a los efectos perjudiciales "relativos" o "comparativos" de métodos de pesca diferentes. Teniendo en cuenta el "contexto pertinente" de los apartados b) y g) del artículo XX, de hecho hay dos condiciones que prevalecen pertinentes y que la medida sobre el atún modificada pretende abordar. México ha demostrado que todos los métodos de pesca de atún tienen como resultado daño a los delfines, salvo la pesca con caña y línea. Por tanto, la primera condición pertinente que prevalece de los efectos perjudiciales en los delfines causados por la pesca comercial de atún es "la [] misma []" para todos los países que tienen actividades de pesca comercial de atún y, por extensión, para todos los países que utilizan en la producción de productos de atún capturado mediante esa pesca comercial de atún. En segundo lugar, y como corolario, cada país que produce productos de atún produce al menos algunos productos de atún que contienen atún capturado de una manera que causó efectos perjudiciales en los delfines.

30. México ha demostrado que las tres condiciones y prescripciones en materia de etiquetado que se aplican al método de pesca de México y que difieren de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado aplicadas a otros métodos de pesca son las que dan lugar al efecto perjudicial que contraviene el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En consecuencia, cada una de las tres condiciones y prescripciones de etiquetado es directamente pertinente al análisis en el marco del artículo XX en su conjunto, incluida la parte introductoria.

31. Si bien México reconoce que una infracción de una disposición sustantiva del GATT puede no ser suficiente como base para demostrar una infracción de la parte introductoria del artículo XX, el hecho es que las mismas circunstancias que dan lugar a una infracción de una disposición sustantiva del GATT también pueden dar lugar a una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la parte introductoria.

32. México también ha demostrado que la medida sobre el atún modificada da lugar a una discriminación arbitraria e injustificada de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En las circunstancias de la presente diferencia, la expresión "discriminación arbitraria o injustificada" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 equivale a la expresión "discriminación arbitraria e injustificable" de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

33. Por último, los Estados Unidos mantienen que "la posición de México simplemente pasa por alto las realidades del pasado y el presente de la pesquería de atún del PTO". Irónicamente, son los Estados Unidos los que han optado por pasar por alto la realidad de que, en todas las pesquerías de atún, las actividades de pesca comercial de atún tienen efectos perjudiciales en los delfines y que cada país que produce productos de atún produce al menos algunos productos de atún que contienen atún capturado de una manera que causó efectos perjudiciales en los delfines. Al aplicar condiciones y prescripciones diferentes en materia de etiquetado a los productos de atún procedentes de países en los que prevalecen esas mismas condiciones, la medida sobre el atún modificada discrimina contra los productos de atún mexicanos de manera arbitraria e injustificable. Por consiguiente, las excepciones generales del artículo XX no se aplican.

V. CONCLUSIÓN

34. De los hechos de la presente diferencia y las pruebas aportadas por México se desprende claramente que los Estados Unidos no se han puesto en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de los acuerdos abarcados pertinentes mediante la adopción de la medida sobre el atún modificada.

ANEXO B-4**RESUMEN DE LA PRIMERA COMUNICACIÓN ESCRITA
DE LOS ESTADOS UNIDOS****I. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC****A. Lo que exige el párrafo 1 del artículo 2**

1. La cuestión sometida al Grupo Especial es si la medida modificada da a los productos importados un trato menos favorable "que el concedido a productos similares nacionales y productos similares procedentes de otros países". Para acreditarlo, México debe probar que la medida modificada: 1) "modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares o a productos similares originarios de cualquier otro país"; y 2) que "el efecto perjudicial para las importaciones [no] deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima [sino que] refleja la discriminación del grupo de productos importados".

2. En lo que se refiere al segundo elemento, está firmemente establecido que el reclamante debe demostrar que las distinciones reglamentarias pertinentes no son "imparciales". En la presente diferencia, el Órgano de Apelación determinó que las distinciones reglamentarias de la medida inicial no eran exclusivamente "imparciales" porque los productos de atún podían llevar la etiqueta *dolphin safe* cuando contuvieran atún capturado fuera del PTO y se hubiera dado muerte o se hubiera herido gravemente a un delfín, pero no se ofrecía esa misma posibilidad respecto de los productos de atún que contuvieran atún capturado dentro del PTO. Este análisis concuerda con el realizado por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, *Estados Unidos - EPO* y *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*. México incurre en error cuando insta al Grupo Especial que entienda en el presente asunto a que sustituya el análisis utilizado por el Órgano de Apelación precisamente en esta diferencia por el que utilizó el Grupo Especial en el asunto *CE - Productos derivados de las focas*.

B. La norma definitiva de 2013 atiende directamente las preocupaciones indicadas por el Órgano de Apelación

3. El Órgano de Apelación consideró que el efecto perjudicial no derivaba exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas porque la medida inicial prohibía que el producto de atún llevara la etiqueta "*dolphin safe*" si contenía atún capturado dentro del PTO cuando se hubiera dado muerte o se hubiera herido gravemente a un delfín, pero permitía que el producto de atún llevara dicha etiqueta si contenía atún capturado fuera del PTO en casos en que un delfín hubiera resultado muerto o gravemente herido. En este contexto, el Órgano de Apelación reconoció expresamente que, para que ese atún pudiera llevar la etiqueta, los Estados Unidos no tenían que exigir la presencia de observadores en todos los buques que faenaran fuera del PTO.

4. La norma definitiva de 2013 atiende directamente la preocupación del Órgano de Apelación. La norma inicial ya exigía, para los buques de cerco que faenaban fuera del PTO, la presentación por el capitán de una declaración "que certifique que en la expedición en que se capturó el atún no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente". La norma definitiva de 2013 modifica el reglamento inicial para exigir actualmente "una declaración del capitán que certifique 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, sean cuales fueren los instrumentos de pesca utilizados y las zonas pesqueras". En cuanto a las condiciones para acceder a la etiqueta *dolphin safe*, las prescripciones sustantivas pertinentes de la medida impugnada (modificada) establecen actualmente que: *ningún* producto de atún que contenga atún capturado efectuando lances sobre delfines podrá llevar la etiqueta, *independientemente de la pesquería, la nacionalidad del buque y la nacionalidad de la empresa de transformación*; y *ningún* producto de atún que contenga atún capturado allí donde se diera muerte o se hiriera gravemente a un delfín podrá llevar la etiqueta, *independientemente de la pesquería, el tipo de artes de pesca, la nacionalidad del buque y la nacionalidad de la empresa de transformación*. Las prescripciones sustantivas de la medida modificada son imparciales.

5. México *ni siquiera parece discutir* que la medida modificada responda plenamente al análisis del Órgano de Apelación en lo que se refiere a la única distinción reglamentaria que dicho Órgano consideró pertinente para su investigación. Es más, ni siquiera parece considerar que el que un delfín resulte o no muerto o herido dentro o fuera del PTO sea, de hecho, *una distinción reglamentaria pertinente* para ese análisis.

6. El párrafo 14 del artículo 17 del ESD dispone que los informes del Órgano de Apelación adoptados han de ser "aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, y en consecuencia, deben ser considerados por las partes en una diferencia concreta *como la resolución definitiva de ella*". Y es incuestionable que en este asunto el Órgano de Apelación consideró que su propio análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 *resolvía* la diferencia en lo referente a la alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2. Los Estados Unidos aceptaron el análisis del Órgano de Apelación en la presente diferencia, lo estudiaron detenidamente y diseñaron la medida destinada a cumplir de manera que respondiera directamente a ese análisis. No obstante, México toma un rumbo diferente. No solo no "acepta[]" sin condiciones" el análisis del Órgano de Apelación, sino que *prescinde* completamente de él. México no demuestra su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 sin acreditar *prima facie* que los Estados Unidos no han logrado que sea "imparcial" *la única distinción reglamentaria* que el Órgano de Apelación consideró no era imparcial en el procedimiento inicial. México no lo ha hecho; en realidad, *elude* totalmente la cuestión.

C. El intento de México de "apelar" respecto del informe del Órgano de Apelación no debe prosperar

7. México rechaza la pertinencia de la única distinción reglamentaria considerada por el Órgano de Apelación *la distinción pertinente* y aduce, en efecto, que dicho Órgano incurrió en error al no examinar tres distinciones reglamentarias de la medida inicial completamente diferentes, todas las cuales permanecen *inalteradas* en la medida modificada. De ese modo, México trata de utilizar indebidamente el presente procedimiento sobre el cumplimiento como vehículo a través del cual "apelar" respecto del informe del Órgano de Apelación. El intento descaminado de México de conseguir lo que no logró en su apelación respecto del análisis del Grupo Especial inicial en el marco del párrafo 1 del artículo 2 debe ser rechazado.

1. La alegación de México no está comprendida en el mandato del Grupo Especial

8. *Toda* la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 se basa en la teoría de que al menos uno de los siguientes elementos no es imparcial: 1) la distinción entre las condiciones para acceder a la etiqueta *dolphin safe* aplicables a los productos de atún que contienen atún capturado efectuando lances sobre delfines de manera compatible con el APICD y atún capturado mediante otros métodos de pesca; 2) la distinción entre las prescripciones diferentes en materia de mantenimiento de registros y verificación exigidas para el atún capturado dentro y fuera del PTO; y 3) la distinción entre las prescripciones diferentes en materia de observadores para los buques atuneros que faenan dentro y fuera del PTO. Según México, si cualquiera de esos tres elementos no es imparcial, el efecto perjudicial que ya se constató existía en el procedimiento inicial reflejaría la existencia de discriminación, y la alegación por él formulada al amparo del párrafo 1 del artículo 2 prosperaría.

9. Sin embargo, esos tres elementos *no se han modificado* con respecto a la medida inicial, y el Órgano de Apelación *no consideró* que ninguno de ellos probara 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 contuvieran atún capturado dentro del PTO no podían llevar la etiqueta cuando se hubiera dado muerte o se hubiera herido gravemente a un delfín, pero los productos de atún que contuvieran atún capturado fuera del PTO sí podían llevarla en casos en que un delfín hubiera resultado muerto o gravemente herido. Y es esta distinción la que aborda la norma definitiva de 2013.

10. Al instar al Grupo Especial a que constate que los Estados Unidos infringen el párrafo 1 del artículo 2 basándose en fundamentos totalmente diferentes de aquellos en los que se basó el Órgano de Apelación, México trata de lograr una ampliación sin precedentes del mandato de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. En su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2, el Órgano de Apelación estudió las constataciones del Grupo Especial inicial y los hechos no

controvertidos que obraban en el expediente y determinó que una distinción reglamentaria concreta no era imparcial. El análisis y las constataciones del Órgano de Apelación han resuelto la presente diferencia en lo que se refiere a la alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2. Al instar al Grupo Especial a que constate que la medida modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 basándose en fundamentos totalmente diferentes de aquellos en los que se basó el Órgano de Apelación, México "pone[] en peligro los principios de equidad fundamental y debido proceso" dado que los Estados Unidos tenían "derecho a suponer" que esos elementos *no modificados* son compatibles con los acuerdos abarcados.

11. Con arreglo al enfoque de México, los informes del Órgano de Apelación *no tienen que* ser "aceptados sin condiciones" por las partes según lo dispuesto en el párrafo 14 del artículo 17 del ESD, y el informe del Órgano de Apelación *no puede* ser considerado como la "resolución definitiva" de la diferencia. Antes bien, un reclamante puede plantear y replantear alegaciones y argumentos una y otra vez, sin limitación alguna. Ese enfoque es incompatible con la "pronta solución de las diferencias", que es "esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC".

2. El Órgano de Apelación ha rechazado ya en su totalidad la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2

12. Aun prescindiendo del hecho de que la alegación de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 no está comprendida en el mandato del Grupo Especial, dicha alegación debe ser rechazada sobre la base de que el Órgano de Apelación ya la ha considerado -y rechazado- en su totalidad. En la presente diferencia, el Órgano de Apelación constató que *solo una* distinción reglamentaria era pertinente para el análisis y, por tanto, *rechazó* todas las demás teorías jurídicas alternativas relacionadas con esa alegación. De no ser cierto, el informe del Órgano de Apelación no podría ser considerado como la "resolución definitiva" de la alegación de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2, que es evidentemente lo que es.

13. En ningún caso es más evidente que el Órgano de Apelación ya ha rechazado la alegación de México que en el del primer elemento que este país plantea: la distinción entre las condiciones para acceder a la etiqueta *dolphin safe* aplicables a los productos de atún que contienen atún capturado efectuando lances sobre delfines de manera compatible con el APICD y mediante otros métodos de pesca. Aunque el Órgano de Apelación se mostró de acuerdo con México en que la teoría de México demostraba la existencia de un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos, *rechazó* su argumento de que un efecto perjudicial demuestra por sí solo una infracción del párrafo 1 del artículo 2.

14. También es evidente que el Órgano de Apelación rechazó la alegación de México relativa a los otros dos elementos: las prescripciones diferentes en materia de mantenimiento de registros y verificación exigidas para el atún capturado dentro y fuera del PTO, y las prescripciones diferentes en materia de observadores para los buques atuneros que faenan dentro y fuera del PTO. Los hechos de los que se queja aquí México *no fueron objeto de controversia* en el procedimiento inicial, y estaban claramente comprendidos en el examen del expediente por el Órgano de Apelación. Este Órgano no consideró que ninguno de los dos elementos probara que la medida inicial era discriminatoria. Naturalmente, este resultado no resulta sorprendente, ya que esos dos elementos no son pertinentes para el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y, en cualquier caso, son totalmente imparciales.

3. México no prueba que ninguno de esos tres elementos sea pertinente para el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2

15. El Órgano de Apelación ha dispuesto que no toda distinción es pertinente para un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2: "[S]olo tenemos que examinar la distinción que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún estadounidenses y los productos de atún originarios de otros países." Sin embargo, *ninguno* de los tres elementos que plantea México "causa" el efecto perjudicial. De hecho, el primero de esos elementos es el efecto perjudicial. Además, el efecto perjudicial no deriva de ninguno de los otros dos elementos planteados por México. Dicho de otro modo, si las partes en el APICD convinieran en eliminar las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y de observadores, el efecto perjudicial no resultaría afectado en lo más mínimo.

4. México no prueba que el efecto perjudicial no derive exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas

a. México no prueba que las condiciones de admisibilidad no sean imparciales

16. La primera razón por la que México afirma que el efecto perjudicial de la medida modificada refleja la existencia de discriminación es que las condiciones de admisibilidad no son imparciales. México no demuestra esa afirmación. Por el contrario, las condiciones de admisibilidad pertinentes son completamente imparciales. La medida modificada no contiene excepción o salvedad alguna, como ocurría en los asuntos *CE - Productos derivados de las focas y Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*. Las prescripciones son iguales para todos los productos y no hay nada en el diseño o la estructura de la medida modificada que indique que los productores mexicanos estén en modo alguno en situación de desventaja frente a sus competidores en los Estados Unidos, Tailandia, Filipinas o cualquier otro lugar.

17. El argumento de México -que la medida coloca en situación de desventaja a los productos de atún mexicanos (y no es por tanto "imparcial") porque los productos de atún que contienen atún capturado efectuando lances sobre delfines no pueden llevar la etiqueta mientras que los que contienen atún capturado mediante otros métodos tienen la posibilidad de llevarla- es idéntico en cuanto al fondo a lo que argumentó México ante el Grupo Especial inicial. Sin embargo, México ignora el hecho de que dicho Grupo ya abordó plenamente su argumento y constató que era deficiente.

18. Esas constataciones son sin duda correctas. Por tanto, resulta difícil concebir que la distinción que establece la medida modificada entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca no sea en absoluto "imparcial". De hecho, el Órgano de Apelación parece analizar si una distinción reglamentaria es imparcial prácticamente de la misma manera en que el Grupo Especial inicial analizó el argumento de México relativo a la discriminación en el procedimiento inicial. No es pues de extrañar que el Órgano de Apelación rechazara el argumento de México de que la negación del acceso a la etiqueta por efectuarse lances sobre delfines coloca en situación de desventaja a los productores de productos de atún mexicanos, como se ha indicado anteriormente. En cambio, México construye todo su argumento como si ni el Grupo Especial inicial ni el Órgano de Apelación hubieran examinado nunca esas cuestiones. Es sencillamente incorrecto que México formule su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2 en un vacío e inste al Grupo Especial a que ignore todas las constataciones y el análisis del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación.

19. En lugar de abordar el análisis del Grupo Especial inicial, México se basa en la afirmación de que los métodos de pesca admisibles "tienen para los delfines efectos perjudiciales que son iguales o mayores que los del método inadmisible de pesca de atún mediante lances sobre delfines de manera compatible con el APICD". México no demuestra en modo alguno su afirmación. De hecho, la ciencia apoya las distinciones de la medida modificada y contradice directamente el enfoque de México. Y, naturalmente, es en esa ciencia en la que se basa la conclusión del Órgano de Apelación de que los "lances sobre delfines [son] *especialmente* dañin[os] para esos animales"; una constatación, como tantas otras, que México se ve obligado a ignorar. De hecho, México ignora la medida modificada en sí: los productos de atún que contengan atún capturado mediante cualquier método no podrán llevar la etiqueta cuando se haya dado muerte o se haya herido gravemente a un delfín.

b. México no prueba que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación no sean imparciales

20. La segunda razón por la que México afirma que el efecto perjudicial de la medida modificada refleja la existencia de discriminación es que el APICD establece determinadas prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación para el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO, y la medida estadounidense no exige esas mismas prescripciones para todos los demás buques atuneros que capturan el atún contenido en los productos de atún que se venden con la etiqueta "dolphin safe".

21. Los hechos pertinentes indican que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación impuestas por la medida impugnada son completamente imparciales en lo que respecta a los productores mexicanos frente a los productores de atún de los Estados Unidos y otros Miembros. Esas prescripciones son, de hecho, totalmente neutrales en cuanto a la nacionalidad del buque y al origen del producto de atún. Es más, cuando los reglamentos establecen distinciones basadas en la nacionalidad, son las fábricas de conservas y otras empresas de transformación estadounidenses las que soportan la mayor carga reglamentaria, no sus competidores extranjeros. En la medida en que los reglamentos establecen otras distinciones, no lo hacen entre Miembros, o siquiera entre sus métodos de pesca, sino entre el atún capturado por grandes buques de cerco abarcados por el APICD y el atún capturado por todos los demás buques.

22. Y aquí es donde México formula su argumento: el APICD impone prescripciones que no están obligados a cumplir los productores que operan (o se abastecen) en otras pesquerías. El problema que plantea este argumento es evidente: México se queja de una "distinción" establecida por el APICD, no por la medida estadounidense. De hecho, si los Estados Unidos eliminaran de la medida modificada todas las referencias al APICD (y a sus prescripciones), la distinción reglamentaria que México critica *seguiría existiendo*.

23. Pero ahí radica la imposibilidad del argumento de México. El mero hecho de que la medida estadounidense reconozca las prescripciones del APICD no puede considerarse jurídicamente problemático. En realidad, parece difícil imaginar a México argumentando con éxito que los compromisos jurídicos internacionales vinculantes *por él* contraídos colocan a sus propios productores de atún en tal situación de desventaja frente a sus competidores que se debe considerar que *los Estados Unidos* han actuado de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC.

24. Además, México no presenta *ninguna* prueba que apoye la afirmación de que el Gobierno de los Estados Unidos y sus ciudadanos han sido objeto de fraude a nivel de toda la rama de producción durante los dos últimos decenios. Y es precisamente aquí donde el argumento de México no prospera. Simplemente no es posible que un reclamante establezca una presunción *prima facie* sobre la base de una mera alegación -sin *ninguna* prueba-, algo que el Órgano de Apelación ha constatado en repetidas ocasiones. Naturalmente, los Estados Unidos no son conscientes del fraude a nivel de toda la rama de producción que, según señala México, está teniendo lugar.

25. El hecho de que México considere que la legislación estadounidense impone "prescripciones y procedimientos insuficientes" a los grandes buques de cerco no abarcados por el APICD no viene al caso en absoluto. El análisis de la distinción reglamentaria legítima realizado por el Órgano de Apelación no tiene por objeto ser un vehículo para que el reclamante formule todas y cada una de las críticas de la medida impugnada que estime oportuno. De hecho, el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC "reconoce que no debe impedirse a un Miembro que adopte las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos legítimos 'a los niveles que considere apropiados'", algo que ha sido reiterado por el Órgano de Apelación en numerosas ocasiones.

26. Pareciendo reconocer que los Estados Unidos no pueden relevar a México de sus propios compromisos jurídicos internacionales, México aduce que los Estados Unidos solo pueden hacer que este elemento sea "imparcial" elevando la carga reglamentaria fuera del PTO al nivel que existe ya dentro. Así pues, México parece argumentar que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación por él aceptadas constituyen el "nivel mínimo" de las prescripciones que los Estados Unidos *deben* imponerse a sí mismos e imponer a todos los demás interlocutores comerciales. México no menciona ningún fundamento jurídico que apoye tal proposición, y no cabe duda de que es incorrecta. Como se ha señalado anteriormente, un Miembro puede adoptar medidas "a los niveles que considere apropiados", lo que se ve confirmado en el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, un Miembro no actúa de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC por aplicar medidas internas que reflejen los acuerdos internacionales de diferentes Miembros (o la falta de esos acuerdos). *Bajo ninguna circunstancia* establece México el nivel apropiado para los Estados Unidos. Los Estados Unidos establecen su propio "nivel mínimo".

c. México no prueba que la prescripción de certificación por observadores no sea imparcial

27. El trato por lo que respecta a los observadores en la medida estadounidense es totalmente imparcial. La prescripción de que los grandes buques de cerco que faenen en el PTO lleven observadores a bordo (mientras que a otros buques no se les exige lo mismo) *deriva del APICD*, no de la legislación estadounidense. De hecho, si los Estados Unidos eliminaran de la medida modificada todas las referencias a la prescripción en materia de observadores establecida en el APICD, la "distinción" que México critica *seguiría existiendo*. México alega que exigir la presencia de observadores para algunos buques y no para otros es "arbitrario", pero, de hecho, no lo es en absoluto. La medida modificada exige una certificación por observadores cuando un determinado acuerdo internacional exige la presencia de observadores, y no exige dicha certificación cuando la autoridad competente de la pesquería no exige la presencia de observadores que certifiquen si el atún cumple las condiciones necesarias para acceder a la etiqueta "*dolphin safe*".

28. El Órgano de Apelación era plenamente consciente del hecho no controvertido de que los grandes buques de cerco que faenan en el PTO están obligados a llevar observadores a bordo mientras que otros buques no lo están, y no constató que esa diferencia probara que la medida impugnada era discriminatoria. México insta ahora erróneamente al Grupo Especial a que haga caso omiso de la conclusión del Órgano de Apelación porque "ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación conocían los hechos relativos a los efectos perjudiciales para los delfines expuestos en la sección III de la presente comunicación ni los hechos relativos a la falta de fiabilidad de las certificaciones por capitanes ...". Sin embargo, en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 México no tiene libertad para "apelar" respecto de las constataciones del OSD. México comprendía los hechos obrantes en el expediente, y comprendía también que cualquier posible informe del Órgano de Apelación que se adoptara constituiría la "resolución definitiva" de la presente diferencia. Fue *decisión propia* de México limitar su alegación de discriminación (y las pruebas presentadas en apoyo de esa alegación), y ahora no puede quejarse de que no está satisfecho de las consecuencias de su propia decisión. México no debería obtener una "segunda oportunidad" para volver a argumentar su alegación sobre elementos *no modificados* de la medida impugnada.

29. México parece basar su argumento en dos afirmaciones: 1) el producto de atún que contiene atún capturado por buques distintos de los grandes buques de cerco abarcados por el APICD se etiqueta de manera inexacta o fraudulenta; y 2) la declaración del capitán "carece intrínsecamente de fiabilidad" y "de sentido". México no prueba ninguna de las dos afirmaciones.

30. En primer lugar, México *no* presenta *ni una sola prueba* de que en los Estados Unidos se haya comercializado algún producto de atún como "*dolphin safe*" cuando, de hecho, no cumplía las condiciones de la legislación estadounidense. La NOAA, a través de inspecciones, auditorías y controles aleatorios, realiza una extensa verificación de las fábricas de conservas de los Estados Unidos, que elaboran atún tanto estadounidense como extranjero.

31. En segundo lugar, México se equivoca al argumentar que la declaración de un capitán "carece intrínsecamente de fiabilidad" y, por lo demás, "de sentido". Como cuestión general, los Estados Unidos recurren a la "autocertificación", como la denomina México, en numerosos contextos diferentes. Las afirmaciones de México -en el sentido de que tal enfoque carece intrínsecamente de fiabilidad-, de ser ciertas, entrañarían *una grave perturbación del comercio*. Los Miembros simplemente no tienen los recursos necesarios para exigir la verificación independiente de todas las actividades de los productores nacionales y extranjeros. Así ocurre desde luego en el caso del comercio de pescado cuando los buques faenan en alta mar o en las aguas territoriales de otros Miembros y un Miembro importador no puede verificar independientemente cada una de las acciones que tienen lugar (o que no tienen lugar) en cada uno de los buques que puedan producir pescado para el mercado interno. Así pues, las declaraciones de los capitanes, los cuadernos de bitácora y otros medios similares han sido siempre un instrumento fundamental de aplicación para que los Miembros verifiquen el cumplimiento de las normas aplicables en materia de pesca. El hecho es que la declaración de un capitán es un medio eficaz para determinar si el atún cumple las condiciones necesarias para acceder a la etiqueta. La medida estadounidense se basa desde hace mucho tiempo en la declaración de un capitán que certifique que el buque no efectuó lances sobre delfines, y el Grupo Especial inicial constató que esa certificación aborda de hecho la mortalidad observada y no observada resultante de lances sobre delfines. Esta constatación no solo fue confirmada por el

Órgano de Apelación, sino que *constituyó la base* de la constatación de dicho Órgano sobre la alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2.

32. Sin embargo, México discrepa, aduciendo, en esencia, que el Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación incurrieron en error, e instando al Grupo Especial a que corrija ese (supuesto) error. Sin embargo, *ninguna* de las pruebas documentales de México concluye lo que afirma -que la declaración del capitán "carece de sentido"-, y buena parte del contenido de esos documentos contradice directamente el propio argumento de México.

33. México sostiene que la *única* forma en que los Estados Unidos pueden hacer que esa supuesta distinción reglamentaria sea imparcial es exigir unilateralmente un 100% de cobertura por observadores en todo el mundo. Una vez más, México considera que cualquier compromiso por él contraído con otras partes en el APICD debe constituir el "nivel mínimo" que todos los demás Miembros deben cumplir para seguir teniendo acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Al atún o producto de atún producido por un Miembro cuyos productores no estén en condiciones de cumplir tan costosa prescripción (por ejemplo, porque no haya ninguna organización internacional que administre un programa de observadores como ocurre en el caso del PTO) se le debe negar el acceso a la etiqueta, *aun cuando* al capturar el atún los buques de ese Miembro no resultara perjudicado ningún delfín.

34. Un Miembro importador que se constate ha discriminado contra productos de un Miembro exportador siempre puede elegir la forma de ponerse en conformidad. Sin embargo, en este caso México alega que los Estados Unidos no pueden elegir -los Estados Unidos *solo* pueden endurecer las prescripciones aplicadas al producto similar de los demás Miembros pertinentes-. Y la razón por la que adopta esa posición es que la diferencia de prescripciones *no deriva de la medida estadounidense*, sino de los compromisos diferentes que los Miembros han contraído en distintas organizaciones regionales de ordenación pesquera (OROP) respecto de la pesca en alta mar, y en sus propias leyes internas respecto de la pesca en aguas territoriales. La queja de México no guarda relación con la legislación impugnada, sino con la diversidad de normas en materia de pesca que existen en todo el mundo.

II. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO I DEL GATT DE 1994

35. México no establece que la medida sobre el etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos sea incompatible con el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994. Los Estados Unidos no discuten que los tres primeros elementos del párrafo 1 del artículo I se satisfagan en este caso. Sin embargo, no estamos de acuerdo con México en que la "ventaja" no se haya concedido "inmediata" e "incondicionalmente" a los productos similares originarios de México.

36. Los Estados Unidos consideran que la "ventaja" a efectos del párrafo 1 del artículo I es el acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Ningún producto de atún de un Miembro tiene *derecho* a ella. Antes bien, la ventaja está sujeta a prescripciones de admisibilidad que todos los productos de atún deben cumplir para ser etiquetados conforme a la legislación estadounidense. Esas condiciones son: 1) no se efectuaron lances sobre delfines ni se los cercó deliberadamente durante la expedición de pesca; y 2) 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.

37. Según el Órgano de Apelación, la "finalidad fundamental" del párrafo 1 del artículo I es "preservar la igualdad de oportunidades de competencia para los productos importados similares procedentes de todos los Miembros". No obstante, el Órgano de Apelación también señaló que el párrafo 1 del artículo I no prohíbe a los Miembros establecer cualesquiera condiciones para la concesión de una ventaja, y "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".

38. México debe, por tanto, probar que la oportunidad prevista en la legislación estadounidense de etiquetar los productos de atún como "*dolphin safe*" si se cumplen determinadas condiciones no se concede inmediata e incondicionalmente a los productos mexicanos. Sin embargo, México no lo hace. Efectivamente, la medida modificada ofrece a todos los productos de atún la *misma* oportunidad de ser etiquetados "*dolphin safe*". El hecho de que algunos Miembros opten por

aprovechar esa oportunidad, en tanto que otros no, no constituye discriminación, como constató correctamente el Grupo Especial inicial. Nada impide a los buques mexicanos pescar de una manera que permita a los productos de atún acceder a la etiqueta *dolphin safe*, ni nada impide a los buques de otros países pescar de una manera que excluya el acceso a esa etiqueta.

39. México no ha dado ninguna razón por la que las constataciones del Grupo Especial inicial o del Grupo Especial del GATT de 1947 no controlen el resultado en este caso. En realidad, México no podría hacerlo. El hecho es que el Grupo Especial inicial estaba totalmente en lo cierto cuando determinó que cualquier discrepancia en el acceso a la etiqueta entre Miembros se debe a las diferentes elecciones que estos han hecho, no a las prescripciones de la medida impugnada. La condición de admisibilidad relativa a los lances sobre delfines no "discrimina[] sobre la base del origen de los productos".

40. Los hechos de este asunto son distintos de los planteados en el asunto *CE - Productos derivados de las focas*, en el que el Órgano de Apelación constató recientemente una infracción del párrafo 1 del artículo I. En ese asunto, la ventaja en materia de acceso a los mercados estaba sujeta a condiciones de admisibilidad relacionadas con características inmutables (como la identidad racial/cultural de los cazadores de focas) de tal manera que, si bien era probable que prácticamente todos los productos groenlandeses reunieran las condiciones exigidas por la medida en litigio para el acceso, no lo era que la inmensa mayoría de los productos canadienses y noruegos lo hicieran. Sin embargo, en este asunto los pescadores pueden elegir la forma de pescar. En modo alguno se *exigen* lances sobre delfines dentro (o fuera) del PTO para capturar atún. Las condiciones de admisibilidad -y por tanto *la oportunidad* de acceder a la etiqueta- *son las mismas para todos*.

III. PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

41. Los Estados Unidos no discuten que los dos primeros elementos del párrafo 4 del artículo III se satisfagan en este caso. La *única* cuestión que ha de determinar el Grupo Especial es si las condiciones de admisibilidad de la medida modificada otorgan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que a los productos de atún estadounidenses similares.

42. México debe probar que la medida estadounidense tiene un "efecto perjudicial en las condiciones de competencia" para sus productos, lo que requiere que haya "una relación auténtica entre la medida en litigio y el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados". México no cumple esa norma.

43. En primer lugar, México no establece el elemento preliminar de que la medida impugnada concede un trato diferente a los productos de atún estadounidenses y mexicanos. Como se ha indicado anteriormente, la medida establece las *mismas* prescripciones de admisibilidad para todos los productos de atún vendidos en los Estados Unidos: no se puede capturar ningún atún efectuando lances sobre delfines ni se puede capturar ningún atún cuando un delfín haya resultado muerto o gravemente herido. En segundo lugar, México prescinde totalmente del análisis bien razonado de la discriminación realizado por el Grupo Especial inicial, que México parece considerar completamente irrelevante para el análisis de su alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III. Aun cuando México intentara probar que la distinción que establece la medida estadounidense entre los lances sobre delfines y otros métodos de pesca es infundada, ciertamente ese intento no prosperaría. Como se ha señalado antes, México no aporta ninguna prueba de que los lances sobre delfines puedan llegar a ser considerados "*dolphin safe*".

44. El enfoque de México tal vez responda a sus intereses ofensivos en la presente diferencia, pero, de aceptarse, menoscabaría en gran medida la capacidad de un Miembro de regular en interés público. Con arreglo al enfoque de México, la *única* consideración pertinente es el efecto de la medida. Un Miembro demandado simplemente no tiene oportunidad de explicar las razones en que se basa el criterio y su funcionamiento en el análisis de la discriminación, y un grupo especial tampoco tendría la capacidad para examinarlos. La base de las prescripciones -en realidad, *la exactitud de la etiqueta*- es totalmente irrelevante para el análisis del trato nacional. Es imposible exagerar las consecuencias de tal enfoque. Muchas medidas legítimas serían vulnerables a ataques cuando nunca lo han sido.

45. Por consiguiente, lo que indica el enfoque de México es que, antes de aplicar una medida que establezca normas legítimas, un Miembro debe examinar a todos los actuales y posibles interlocutores comerciales con respecto a los productos afectados por la medida para determinar si los productos afectados de esos países satisfacen esa norma (o si los productores están dispuestos a adaptarse a la nueva norma). En caso de que los productos de un país determinado no cumplan la norma (y los productores de ese país no estén dispuestos a adaptarse), el Miembro deberá *flexibilizar* sus normas para no infringir el párrafo 4 del artículo III. Ese enfoque del "mínimo común denominador" menoscaba en gran medida la capacidad de un Miembro de regular en interés público en general.

46. El análisis del Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas* no indica una conclusión diferente cuando constaban en el expediente hechos suficientes para que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación determinaran que la medida impugnada era incompatible *de facto* con el párrafo 4 del artículo III.

IV. ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

47. Aun cuando la medida sobre el etiquetado *dolphin safe* modificada fuera declarada incompatible con el párrafo 1 del artículo I o el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, dicha medida está justificada al amparo de los apartados b) y g) del artículo XX.

48. En lo que se refiere al primer elemento del apartado b) del artículo XX, se ha determinado ya que uno de los dos objetivos de la medida inicial era "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines", y que la medida inicial "est[aba] relacionad[a] con auténticas preocupaciones en relación con la protección de la vida o la salud de los delfines", y tenía "por objeto proteger la vida o la salud de los animales o el medio ambiente".

49. En cuanto al segundo elemento del apartado b) del artículo XX, la medida modificada satisface claramente el análisis de la "necesidad". En primer lugar, es difícilmente discutible que la protección de los delfines es un objetivo importante para los Estados Unidos. En cualquier caso, "la preservación de la vida y la salud de los animales y los vegetales, que constituye una parte esencial de la protección del medio ambiente, es un valor importante, reconocido en el Acuerdo sobre la OMC". En segundo lugar, como han confirmado tanto el Grupo Especial inicial como el Órgano de Apelación, la medida inicial contribuía a su objetivo. En tercer lugar, el Órgano de Apelación ya ha constatado que la medida alternativa identificada por México a efectos del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC no probaba que la medida inicial "restringi[era] el comercio más de lo necesario". Esto es una prueba contundente de que México no podrá identificar una alternativa apropiada compatible con las normas de la OMC a efectos del apartado b) del artículo XX.

50. La medida modificada también satisface el criterio del apartado g) del artículo XX. En primer lugar, los delfines son un recurso natural vivo y, por tanto, son finitos y agotables. En segundo lugar, la medida modificada está claramente "rela[cionada]" con la conservación de los delfines. El Grupo Especial inicial constató -y el Órgano de Apelación lo confirmó- que uno de los objetivos de la medida inicial es la "protección" de los delfines. En tercer lugar, la medida modificada impone restricciones comparables a los productos nacionales y a los importados. De hecho, las prescripciones pertinentes *son las mismas*.

51. La medida modificada satisface asimismo la parte introductoria del artículo XX. Únicamente cuando el grupo especial constata la existencia de ese "diferente trato reglamentario" debe dicho grupo analizar "si la discriminación resultante es 'arbitrari[a] o injustificable'". Sin embargo, en este caso las condiciones de admisibilidad son las mismas para todos, es decir, la medida modificada es *neutral* en cuanto a la nacionalidad. No puede acceder a la etiqueta ningún producto de atún que contenga atún capturado efectuando lances sobre delfines: la nacionalidad del buque (o de la empresa de transformación) es *irrelevante*. Antes bien, el que un producto de atún pueda o no acceder a la etiqueta *dolphin safe* depende de las elecciones que hagan los propietarios, operadores y capitanes de los buques. Además, no hay ninguna prueba que indique que esa determinada prescripción de admisibilidad solo es aplicable a México.

52. En cualquier caso, las condiciones de admisibilidad relativas a los lances sobre delfines no son arbitrarias ni están injustificadas. Como ha subrayado recientemente el Órgano de Apelación, "[u]no de los factores más importantes" en esta evaluación es "la cuestión de si la discriminación puede conciliarse, o está racionalmente relacionada, con el objetivo de política respecto del cual la medida se haya justificado provisionalmente al amparo de uno de los apartados del artículo XX". El objetivo pertinente a efectos de los apartados b) y g) es "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines".

53. No cabe duda de que las dos condiciones de admisibilidad pertinentes están racionalmente relacionadas con ese objetivo de política. En primer lugar, difícilmente podría cuestionarse que la primera de esas condiciones está racionalmente relacionada con el objetivo, y no interpretamos la primera comunicación escrita de México en sentido contrario. En segundo lugar, con respecto a la segunda condición de admisibilidad, los Estados Unidos ya han detallado los considerables perjuicios que causan los lances sobre delfines a estos animales. Al impedir que los productos de atún que contengan atún capturado efectuando lances sobre delfines puedan acceder a la etiqueta *dolphin safe*, la medida modificada procura "reducir al mínimo la mortalidad y las heridas observadas y no observadas de delfines". Los demás métodos de pesca con los que se captura atún para el mercado de productos de atún estadounidense no causan tanto perjuicio a los delfines como los lances sobre delfines. De hecho, con *todos* los métodos de pesca posiblemente admisibles se capturan delfines únicamente de manera accidental, en tanto que *el propósito* de los lances sobre delfines es capturarlos en redes de cerco. Los lances sobre delfines son el *único* método de pesca *dirigido* a esa especie.

ANEXO B-5**RESUMEN DE LA SEGUNDA COMUNICACIÓN ESCRITA DE LOS ESTADOS UNIDOS****I. MÉXICO NO DEMUESTRA QUE LA MEDIDA SOBRE EL ETIQUETADO *DOLPHIN SAFE* MODIFICADA SEA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC****A. La alegación formulada por México no está comprendida en el mandato del Grupo Especial**

1. La alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 no está comprendida en el mandato del Grupo Especial.

2. En primer lugar, México aduce que el Grupo Especial debería centrarse en la medida modificada "en su conjunto, y no en los elementos que constituyen esa medida". Sin embargo, al determinar su propio mandato, el Grupo Especial indudablemente puede examinar los aspectos específicos de la medida. Decir que el Grupo Especial tiene vedado hacerlo pasa por alto los informes anteriores del Órgano de Apelación y de grupos especiales en los que se ha constatado de manera sistemática que las alegaciones contra elementos de la medida inicial *que no han sido modificados* no están comprendidas en el limitado mandato de un grupo especial sobre el cumplimiento.

3. En segundo lugar, México aduce que estos tres aspectos de la medida se han modificado respecto de la medida inicial, dando a entender que la serie de informes citados por los Estados Unidos es inaplicable a la presente diferencia. México se equivoca. La norma definitiva de 2013 no modifica ninguna de las prescripciones *en formas que, según México alega, demuestran que la medida modificada es discriminatoria*.

4. En tercer lugar, México aduce que, incluso si los aspectos de la medida modificada que ahora son objeto de su reclamación no han sido modificados respecto de la medida inicial, el Grupo Especial aún tiene competencia para ocuparse de la alegación formulada por México porque no ha sido resuelta en cuanto al fondo. Pero eso es claramente incorrecto. El Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación sí examinaron el fondo de la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2. Además, al hacerlo, el Órgano de Apelación rechazó los tres elementos de la alegación de México al amparo del párrafo 1 del artículo 2.

5. En cuarto lugar, México afirma que las "nuevas alegaciones contra aspectos inseparables de una medida destinada a cumplir que no han sido modificados respecto de la medida inicial están comprendidas en el mandato de un grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21". México no formula ningún argumento real de que estos aspectos sean "inseparables" de la medida destinada a cumplir y claramente ninguno de los tres aspectos de la medida está comprendido en el mandato del Grupo Especial.

6. Por último, México no "acepta incondicionalmente" el informe del Órgano de Apelación. Tal enfoque priva a los Estados Unidos de la oportunidad de ponerse en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del ESD.

B. El Órgano de Apelación ya ha rechazado en su totalidad la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2

7. La alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 debería rechazarse sobre la base de que el Órgano de Apelación ya ha examinado -y rechazado- la totalidad de la alegación.

8. En primer lugar, México aduce que "las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado relativas a la admisión y la exclusión de los métodos de pesca" son "diferentes" en este procedimiento de las del procedimiento inicial. Pero por supuesto que eso es incorrecto. La

condición de admisibilidad objeto de la reclamación de México en esta oportunidad es la misma que fue objeto de su reclamación anterior.

9. El mismo argumento es válido también para los otros dos aspectos (prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores) que México plantea como parte de su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo 2. El APICD impone determinadas prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores para los grandes buques de cerco que operan en el PTO a las que no están sujetos otros buques. Esta "diferencia" *no fue controvertida* en el procedimiento inicial y claramente estuvo abarcada por el examen del expediente realizado por el Órgano de Apelación. México insta al Grupo Especial a que acepte su argumento sin tener en cuenta en absoluto las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial. Eso es incorrecto. El análisis del Grupo Especial debe "hacerse a la luz de la evaluación de la compatibilidad de la medida inicial con un acuerdo abarcado realizada por el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto y posteriormente por el Órgano de Apelación".

C. México no demuestra que ninguno de los tres elementos sea pertinente para el análisis del párrafo 1 del artículo 2

10. No toda distinción reglamentaria es pertinente para la cuestión de si "el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima". Según el Órgano de Apelación: "sólo tenemos que examinar la distinción que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún estadounidenses y los productos de atún originarios de otros países". Si bien México parece estar de acuerdo con este principio, equivocadamente insiste en que las prescripciones relativas al mantenimiento de registros/la verificación y los observadores son pertinentes para el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2. El origen de la divergencia de opiniones de las partes sobre esta cuestión es la falta de acuerdo sobre cuál es el efecto perjudicial en la presente diferencia.

11. Para la primera etapa del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2, México se basa en el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 efectuado por el Órgano de Apelación y sostiene que el efecto perjudicial es causado por la denegación del "acceso a esta etiqueta a la mayoría de los productos de atún mexicanos". Sin embargo, para la segunda etapa de su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2, México cambia de rumbo y, basándose en gran medida en el análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 efectuado por el Grupo Especial inicial, aduce que la "precisión" de la información es la piedra de toque de la constatación relativa al efecto perjudicial. Los Estados Unidos no están de acuerdo en que el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia pueda ser diferente para las dos etapas del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2. Tal interpretación priva al análisis de sentido. La finalidad de la segunda etapa del análisis es determinar si el efecto perjudicial *cuya existencia se determinó en la primera etapa* "refleja la existencia de discriminación".

12. Las conclusiones del Órgano de Apelación expuestas en los párrafos 233 a 235 del informe demuestran que el acceso, y no la precisión, fue la piedra de toque de su análisis del efecto perjudicial. En consecuencia, las prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores no son pertinentes para este análisis, en la medida en que ninguno de los dos aspectos causa el efecto perjudicial. No solo el argumento de México contradice las recomendaciones y resoluciones del OSD, sino que México no presenta *ninguna* prueba que demuestre esa afirmación. El intento de México de "volver a imaginar" el análisis del efecto perjudicial realizado por el Órgano de Apelación es otro ejemplo del intento de México de "apelar" respecto de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

13. México también incurre en error al aducir que la tesis de que existe el efecto perjudicial puede encontrar "más respaldo" en la "aplicación unilateral" de la medida modificada. En primer lugar, en las recomendaciones y resoluciones del OSD no se constató que el efecto perjudicial sea un factor de la denominada aplicación "unilateral". Por tanto, no está claro por qué México considera que su argumento es pertinente para la diferencia. En segundo lugar, el Órgano de Apelación ya ha constatado que el objetivo de la medida inicial no es "coaccionar" a México. En tercer lugar, México alega que la medida modificada "socava el régimen del APICD" pero no presenta ninguna prueba de que el funcionamiento del APICD se haya visto perjudicado. En todo caso, sencillamente es imposible que los Estados Unidos hayan actuado de manera contraria al Acuerdo sobre la OMC al determinar por sí mismos qué nivel de protección es adecuado para ellos.

D. México no demuestra que el efecto perjudicial no se derive exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas

1. México no demuestra que las condiciones de admisibilidad no sean imparciales

14. En su segunda comunicación escrita, México tampoco establece que las prescripciones de admisibilidad demuestren que la medida modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2. Como los Estados Unidos han explicado las condiciones de admisibilidad son, de hecho, totalmente neutrales y, en consecuencia, imparciales. México responde que el Órgano de Apelación determinó que las condiciones de admisibilidad dan lugar al efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos. Eso es cierto, pero no demuestra que dichas condiciones no sean imparciales. Además, de las recomendaciones y resoluciones del OSD se desprende claramente que el Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo en que la condición de admisibilidad relativa a los lances sobre delfines no fuera imparcial, y el hecho de que la prescripción fuera neutral con respecto a las distintas pesquerías fue fundamental para su constatación.

15. México también reafirma su argumento de que los "métodos de pesca utilizados fuera del PTO tienen efectos perjudiciales en los delfines iguales o mayores que los de efectuar lances sobre delfines en el PTO de manera compatible con el APICD". México no presenta ninguna prueba nueva que respalde esta afirmación ni responde a las abundantes pruebas presentadas por los Estados Unidos que demuestran que esta afirmación es infundada.

16. Lo que es más fundamental aún, México se equivoca al aducir que los Estados Unidos no pueden establecer distinciones entre métodos de pesca diferentes. Efectuar lances sobre delfines es el único método de pesca cuyo objetivo son los delfines. No hay nada en este método que sea inocuo para los delfines y la medida correctamente niega el acceso a la etiqueta a los productos de atún que contengan atún capturado por este método.

2. México no demuestra que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación no sean imparciales

17. México aduce que, debido a que el APICD impone determinadas prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación con respecto al atún capturado por grandes buques de cerco que operan en el PTO y la medida modificada no impone esas mismas prescripciones a otro atún vendido en el mercado de productos de atún en los Estados Unidos, la medida modificada no es imparcial. Sin embargo, la "diferencia" objeto de la reclamación de México no se deriva en absoluto de la legislación estadounidense, sino del APICD. México aduce que su "alegación se formula con respecto a la distinción reglamentaria pertinente en las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificadas y no el APICD". Sin embargo México no da ninguna razón por la que esto sea así. Las verdaderas prescripciones en materia de mantenimiento de registros y verificación objeto de la reclamación de México figuran en el APICD. En consecuencia, es imposible que *la medida modificada* ponga en desventaja a los productores mexicanos de manera que pudiera considerarse que no es imparcial.

18. México no ha presentado ninguna prueba que respalde su afirmación de que el Gobierno de los Estados Unidos y sus ciudadanos han sido defraudados a nivel de toda la rama de producción por un etiquetado inexacto a lo largo de los dos últimos decenios. México niega que este aspecto de su alegación no se sostenga por falta de pruebas sobre la base de su teoría de la carga de la prueba que le corresponde. A juicio de México, un reclamante no está obligado a demostrar que este elemento no es imparcial. Antes bien, lo único que se exige es que México afirme que: "los productos de atún que contienen atún que no es *dolphin safe* capturado fuera del PTO *podrían* ingresar en el mercado estadounidense etiquetados de manera inexacta como *dolphin safe*". Sin embargo, el Órgano de Apelación dejó claro que nada en su análisis del párrafo 1 del artículo 2 altera la teoría tradicional de la carga de la prueba.

19. Además, México no explica de qué modo su enfoque no es incompatible con el principio fundamental de que "no debe impedirse a un Miembro que adopte las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos legítimos 'a los niveles que considere apropiados'". Al afirmar que los Estados Unidos deben imponer a todos sus socios comerciales prescripciones equivalentes a las previstas en el APICD, México insta al Grupo Especial que entienda en el presente asunto a

adoptar un enfoque en cuya virtud cualquier compromiso que México asuma en el marco de un acuerdo internacional los Estados Unidos deberán exigírselo a sí mismos y a todos sus demás socios comerciales, independientemente de los datos científicos o cualquier otra consideración. El enfoque de México es incompatible con el sexto considerando del preámbulo y, por tanto, no puede demostrar que la medida modificada sea incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.

20. Por último, México hace caso omiso de la historia del APICD. Los miembros de la CIAT acordaron prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y presencia de observadores *diferentes* de las acordadas por otros miembros en otras pesquerías porque el PTO es *diferente*. En ningún otro lugar una pesquería de atún ha causado tanto daño a los delfines como el causado por los grandes buques de cerco en el PTO. Por consiguiente, no es de sorprender que el atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO ahora esté sujeto a normas diferentes de las aplicables al atún capturado en otros lugares. El hecho de que la medida modificada exija incluir el número de referencia del APICD en el formulario 370 no es ilegítimo.

3. México no demuestra que la prescripción de certificación por un observador no sea imparcial

21. México tampoco acredita *prima facie* que no imponer al resto del mundo una presencia de observadores equivalente a la prevista en el APICD haga que la medida modificada sea discriminatoria.

22. En primer lugar, las prescripciones específicas relativas al programa de observadores del APICD figuran en el APICD y en documentos conexos. Esas prescripciones no se reiteran en la legislación estadounidense.

23. En segundo lugar, el enfoque de México se contradice directamente con las constataciones del Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación era consciente de que los grandes buques de cerco que operan en el PTO llevan observadores mientras otros buques no lo hacen. En efecto, el Órgano de Apelación señaló que el Grupo Especial no afirmó que imponer una prescripción general relativa a la certificación por un observador "sería la *única* manera en que los Estados Unidos podrían adaptar sus disposiciones sobre el etiquetado '*dolphin safe*'" y señaló que "la propia medida en litigio prevé la posibilidad" de la certificación por parte del capitán. Consecuentemente, el Órgano de Apelación no constató que el aspecto relativo a las declaraciones de los capitanes y los observadores no fuera imparcial. Antes bien, el Órgano de Apelación reconoció que la medida inicial "aborda *plenamente* los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines" -tanto dentro como *fuera del PTO*- si bien una declaración del capitán era la certificación exigida con respecto al atún capturado fuera del PTO. México ahora pretende "apelar" respecto de esta constatación.

24. En tercer lugar, México sostiene que las declaraciones de los capitanes "carecen intrínsecamente de fiabilidad" y que la medida modificada "está diseñada y se aplica de una manera que crea la probabilidad, si no la seguridad, de que el atún no conforme se certifique indebidamente como *dolphin safe*". Sin embargo, México no acredita *prima facie* que la medida modificada sea incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 sobre la base de meras afirmaciones. México no presenta ninguna prueba de que haya atún que no pueda llevar la etiqueta que se esté etiquetando ilegalmente como "*dolphin safe*".

25. En cuarto lugar, México aduce que este aspecto de la medida no es imparcial porque es "totalmente incompatible con el objetivo" de la medida. El Órgano de Apelación nunca ha mencionado esta indagación como un elemento del análisis ni en esta diferencia ni en las otras dos diferencias sobre OTC. Además, el Órgano de Apelación ha dejado claro que los análisis son diferentes en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la parte introductoria del artículo XX del GATT. Por lo tanto, esta cuestión no es pertinente para el análisis.

26. En quinto lugar, el argumento de México no se sostiene porque: 1) ante todo pasa por alto las razones por las que el APICD fue acordado; 2) pasa por alto el nivel de daños que actualmente se causa debido a los lances sobre delfines; 3) pasa por alto las consecuencias para el comercio de exigir un 100% de cobertura por observadores; 4) pasa por alto el principio fundamental en que se basa el Acuerdo OTC de que "no debe impedirse a un Miembro que adopte las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos legítimos '*a los niveles que considere apropiados*'"; y 5)

exige a los Estados Unidos que impongan a todos sus socios comerciales una prescripción en materia de observadores "rígida e inflexible", independientemente de si es necesaria en vista del daño a los delfines en una pesquería determinada o factible dados los gastos del programa.

II. MÉXICO NO DEMUESTRA QUE LA MEDIDA MODIFICADA SEA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO I DEL GATT DE 1994

27. México se basa íntegramente en la conclusión del Órgano de Apelación que figura en los párrafos 233 a 235 de su informe de que la medida modificada causa un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines para demostrar la alegación que formula al amparo del párrafo 1 del artículo I. La constatación del Órgano de Apelación de existencia de efecto perjudicial, así como las constataciones de hecho del Grupo Especial inicial en que se basa la conclusión del Órgano de Apelación, se limitan a la imposibilidad de que los productos de atún que contengan atún capturado mediante lances sobre delfines lleven la etiqueta y a la posibilidad de que la lleven los productos de atún que contengan atún capturado por otros métodos. México *no alega ni demuestra* que ningún otro aspecto de la medida modificada, incluidas las prescripciones relacionadas con el mantenimiento de registros/la verificación y la presencia de observadores, sea incompatible con el párrafo 1 del artículo I.

28. México no ha satisfecho su carga de demostrar que la medida modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I. La "ventaja" otorgada por la medida estadounidense es el acceso a la etiqueta *dolphin safe*. Nada impide que las fábricas de conservas mexicanas o los buques mexicanos produzcan productos de atún que puedan llevar la etiqueta *dolphin safe*. México afirma que el Órgano de Apelación ha "rechazado efectivamente la línea de razonamiento" en que se basa el argumento estadounidense. No estamos de acuerdo. El Órgano de Apelación no rechazó la caracterización de la medida estadounidense que hizo el Grupo Especial inicial, sino lo que percibió como una suposición del Grupo Especial inicial de que las distinciones reglamentarias no basadas en "el origen nacional *per se* ... no pueden ser pertinentes para determinar la compatibilidad de una medida concreta con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC". El Grupo Especial inicial no formuló constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo I y, por lo tanto, el Grupo Especial ahora debería efectuar una "evaluación objetiva del asunto".

29. México afirma que "las consecuencias de la actuación unilateral de los Estados Unidos" al aplicar la medida modificada "respaldan aún más" la existencia del efecto perjudicial. Este argumento no se sostiene. En primer lugar, en las recomendaciones y resoluciones del OSD no se constató que el "efecto perjudicial" sea un factor de la denominada aplicación "unilateral". En segundo lugar, la caracterización que hace México de la medida en el sentido de que "deliberadamente ejerce presión sobre México para que cambie sus prácticas de pesca de atún" es incorrecta. El Grupo Especial inicial concluyó que "nada impide a los Miembros utilizar los incentivos creados por las preferencias de los consumidores para alentar o desalentar determinados comportamientos que pueden tener consecuencias para la protección de la vida o la salud de los animales". En tercer lugar, el recurso de México al asunto *Estados Unidos - Camarones* está fuera de lugar. En cuarto lugar, en las recomendaciones y resoluciones del OSD se afirma que la etiqueta del APICD no cumple los objetivos de la medida estadounidense al nivel que los Estados Unidos consideran adecuado.

III. MÉXICO NO DEMUESTRA QUE LA MEDIDA MODIFICADA SEA INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

30. En forma semejante a como hizo en su alegación al amparo del párrafo 1 del artículo I, México se basa enteramente en los párrafos 233 a 235 del informe del Órgano de Apelación para aducir que la medida modificada otorga un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos, de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo III. Las constataciones del Órgano de Apelación relativas al efecto perjudicial se limitan a la imposibilidad de que el atún capturado mediante lances sobre delfines lleve la etiqueta y a la posibilidad de que la lleve el atún capturado por otros métodos. México *no alega ni demuestra* que ningún otro aspecto de la medida modificada sea incompatible con el párrafo 4 del artículo III.

31. Además, por las razones analizadas antes, México no demuestra que la medida modificada otorgue un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos. México se basa en gran medida en la declaración del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Productos derivados de las*

focas de que, 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 . . . se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima", pero la analogía con la presente diferencia es errónea. El argumento de México relativo al "diseño y la aplicación unilateral" de la medida no es pertinente y no se sostiene por las razones examinadas antes.

IV. LA MEDIDA MODIFICADA ESTÁ JUSTIFICADA EN VIRTUD DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

A. El alcance del análisis

32. México insta al Grupo Especial a efectuar una indagación que va mucho más allá del alcance de los análisis en el marco de los apartados b) y g) establecido por el Órgano de Apelación. México se basa exclusivamente en los párrafos 233 a 235 del informe del Órgano de Apelación cuando alega que la medida modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III, de conformidad con la teoría de que la medida modificada deniega el "acceso" a la etiqueta al atún mexicano capturado mediante lances sobre delfines mientras que el atún capturado por otros medios sigue teniendo "acceso" a la etiqueta. *No alega ni demuestra* que ningún otro aspecto de la medida modificada sea incompatible con el GATT. Sin embargo, al examinar los apartados b) y g), México aduce que, como "no hay en vigor prescripciones o procedimientos en materia de mantenimiento de registros, seguimiento y verificación en relación con el atún capturado por buques de pesca fuera del PTO", la medida modificada no protege la salud y la vida de los animales a los efectos del apartado b), ni "guarda relación" con la conservación de los delfines a los efectos del apartado g).

33. Esto es incorrecto. 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". Los Estados Unidos solo deben justificar las distinciones reglamentarias entre los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines y los productos de atún que contienen atún capturado mediante otros métodos de pesca, a la luz del modo en que México ha formulado (e intentado demostrar) sus alegaciones al amparo del GATT. Las partes de la respuesta de México relativa al artículo XX que abordan las prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores no son pertinentes para este análisis.

B. La medida modificada satisface las condiciones del apartado b) del artículo XX

1. La medida sobre el etiquetado *dolphin safe* modificada tiene un vínculo suficiente con un interés abarcado por el apartado b) del artículo XX

34. El Órgano de Apelación determinó que la medida inicial tenía dos objetivos: el "objetivo de información al consumidor" y el "objetivo de protección de los delfines". La medida modificada tiene los dos mismos objetivos. Las recomendaciones y resoluciones del OSD demuestran que hay "un vínculo suficiente" entre el objetivo de protección de los delfines de la medida modificada y la protección de la salud y la vida de los animales. El Grupo Especial inicial constató, y el Órgano de Apelación confirmó, que la medida inicial "est[aba] relacionad[a] con auténticas preocupaciones en relación con la protección de la vida o la salud de los delfines" y tenía "por objeto proteger la vida o la salud de los animales o el medio ambiente".

35. México pasa por alto las recomendaciones y resoluciones del OSD y aplica una teoría jurídica alternativa sin precedentes al aducir que la medida modificada no persigue un objetivo comprendido en el ámbito de aplicación del apartado b) porque *no contribuye* lo suficiente a ese objetivo. Esta teoría no se sostiene. Al centrarse en la contribución de la medida México amalgama indebidamente las cuestiones de si el objetivo pertinente está comprendido en el ámbito de aplicación del apartado b) y de si la medida impugnada es "necesaria" para proteger la salud y la vida de los animales. El nivel al que la medida contribuye a su objetivo no es pertinente para la primera cuestión. Además, el argumento de México no está comprendido en el alcance de este análisis ya que todo el argumento se funda en aspectos de la medida que México no alega ni demuestra que sean incompatibles con el GATT.

2. La medida sobre el etiquetado *dolphin safe* modificada es "necesaria" para la protección de la salud y la vida de los animales

36. Un análisis de necesidad entraña "un proceso en el que 'se sopesa y se confronta' una serie de factores, como la importancia del objetivo, la contribución de la medida a ese objetivo, y el grado de restricción del comercio de la medida". En lo que respecta al primer elemento, los Estados Unidos explicaron que la protección de los delfines es un objetivo importante. México lo admite.

37. En cuanto al segundo elemento, en las recomendaciones y resoluciones del OSD se estableció que la medida inicial contribuía en cierto grado al objetivo de protección de los delfines. La medida modificada contribuye a este mismo objetivo a un nivel aún mayor. México no está de acuerdo con las constataciones del Grupo Especial inicial y el Órgano de Apelación. En efecto, México parece llegar incluso a mantener que ninguna de las dos medidas -ni la inicial ni la modificada- hace *ninguna* contribución al objetivo de protección de los delfines. En el contexto de un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, las recomendaciones y resoluciones del OSD subyacentes se toman como un postulado. El Grupo Especial debería rechazar la "apelación" infundada de México respecto del informe del Órgano de Apelación.

38. En cuanto al grado de restricción del comercio de la medida, el Órgano de Apelación en esta misma diferencia afirmó que "restricción del comercio" "significa algo que tiene un efecto limitador en el comercio". México presenta tres argumentos sobre por qué la medida estadounidense "restringe el comercio". Ninguno de ellos guarda relación con la restricción del comercio de la medida modificada: la medida modificada no impide que México venda productos de atún en los Estados Unidos y, de hecho, el producto de atún no *dolphin safe* mexicano se sigue vendiendo en los Estados Unidos. Los argumentos relativos a los otros dos aspectos de la medida, el mantenimiento de registros/la verificación y los observadores, no están comprendidos en el alcance de la indagación de si la medida modificada reúne las condiciones del apartado b) y es difícil entender cómo cualquiera de los dos aspectos tiene algún efecto en las exportaciones de los productos de atún mexicanos a los Estados Unidos.

39. La primera medida alternativa de México no es una "auténtica alternativa". En primer lugar, la descripción que hace México es tan breve e imprecisa que priva a los Estados Unidos de la oportunidad de evaluarla. En segundo lugar, la única diferencia entre la medida modificada y la primera alternativa de México es que el atún capturado por todos los buques que no sean grandes buques de cerco que operan en el PTO estaría sujeto a prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores equivalentes a las del APICD. Sin embargo, únicamente aquellos aspectos de la medida impugnada "que dan lugar a la constatación de incompatibilidad en el marco del GATT de 1994" deben justificarse al amparo de los apartados del artículo XX. En tercer lugar, México no ha demostrado que su alternativa sea "menos incompatible con la OMC" de lo que supuestamente lo es la medida modificada. En cuarto lugar, la alternativa de México no restringe el comercio en menor grado que la medida modificada. Por último, la alternativa propuesta no está razonablemente al alcance. Aparte de los costos iniciales de establecer tales programas, la aplicación del elemento de la presencia de observadores de la alternativa de México anualmente costaría como mínimo cientos de millones de dólares EE.UU., si no más de mil millones de dólares EE.UU. Nos gustaría señalar además que, dada la magnitud de los costos, parecería igualmente imposible que la rama de producción financiara totalmente los costos de tales programas.

40. La segunda propuesta de México es que los Estados Unidos "permitieran la aplicación de sistemas de etiquetado alternativos", incluida la etiqueta del APICD, "junto con una prescripción de proporcionar a los consumidores información detallada sobre el significado de las etiquetas". Esta parece ser la misma alternativa planteada por México en el procedimiento inicial a efectos del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Órgano de Apelación señaló que, en virtud de la alternativa de México, el atún capturado efectuando lances sobre delfines podría llevar la etiqueta *dolphin safe*, mientras, en el marco de la medida estadounidense, ese atún no podría llevarla. En consecuencia, la propuesta de México contribuiría a la protección de los delfines "*en menor grado*" que la medida estadounidense. La constatación del Órgano de Apelación relativa a la alegación formulada por México al amparo del párrafo 2 del artículo 2 es claramente aplicable a esta alternativa. México no ofrece ninguna explicación de cómo la segunda medida alternativa que propone es compatible con el informe del Órgano de Apelación y, de hecho, no lo es.

C. La medida modificada satisface el criterio del apartado g) del artículo XX

41. La medida modificada satisface el criterio del apartado g) del artículo XX. En primer lugar, en su primera comunicación escrita, los Estados Unidos explicaron que los delfines son un recurso natural agotable. México admite que así es.

42. En segundo lugar, como se ha indicado antes, el Grupo Especial inicial constató, y el Órgano de Apelación confirmó, que la medida estadounidense persigue el objetivo de protección de los delfines antes mencionado y, de hecho, efectivamente contribuye a ese objetivo. El Grupo Especial inicial constató, y el Órgano de Apelación confirmó, que la medida inicial era capaz de lograr su objetivo de protección de los delfines totalmente en el PTO y parcialmente fuera del PTO. La medida modificada va más allá en lo que respecta a la protección de los delfines y aplica un mecanismo de certificación (la declaración del capitán), que se constató que "puede alcanzar" el objetivo de los Estados Unidos en el contexto de la pesca mediante lances sobre delfines fuera del PTO, a la certificación de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín al capturar el atún.

43. La medida modificada también impone restricciones comparables a los productos nacionales e importados. La medida modificada impone a los buques estadounidenses y extranjeros *las mismas* prescripciones y condiciones de admisibilidad. México alega que estas prescripciones no están comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado g) porque no "distribuyen la carga de la conservación entre los consumidores extranjeros y los nacionales en forma 'imparcial' o equilibrada". Pero ese enfoque es incorrecto. Con arreglo al enfoque de México y a la luz de sus alegaciones al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, el apartado g) perdería su utilidad. México también alega que la medida modificada "no impone ninguna restricción real al atún capturado por la flota estadounidense fuera del PTO". Pero el Órgano de Apelación ya ha constatado que la medida inicial "aborda plenamente" los riesgos causados por la práctica "especialmente dañina" de efectuar lances sobre delfines, tanto dentro como fuera del PTO. La norma definitiva de 2013 hace extensivo el sistema de certificación que respaldaba esta constatación al riesgo de que se dé muerte o hiera gravemente fuera del PTO.

D. La medida modificada se aplica de manera compatible con la parte introductoria del artículo XX

44. La medida modificada tampoco se aplica en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta al comercio. De conformidad con la parte introductoria, la discriminación solo existe en los casos en que "los países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente". En consecuencia, hay dos preguntas que deben contestarse: 1) si la medida modificada prevé un trato reglamentario diferente para los productos originarios de diferentes países; y 2) si las "condiciones" prevalecientes en esos países son "las mismas". Ninguno de los dos elementos se da en este caso.

45. Como han explicado los Estados Unidos, la condición de admisibilidad relativa a los lances sobre delfines que debe cumplirse es *neutral* con respecto a la nacionalidad. Esta disposición no prevé excepciones en virtud de las cuales los productos de determinados Miembros cumplan automáticamente los requisitos para un trato reglamentario diferente, como sucedía en el caso de las medidas impugnadas en los asuntos *Brasil - Neumáticos recauchutados* y *CE - Productos derivados de las focas*. Que un producto de atún pueda llevar la etiqueta *dolphin safe* depende de las elecciones hechas por los propietarios, operadores y capitanes de los buques. Como los Estados Unidos señalaron antes, en la época en que se promulgó la DPCIA los buques con pabellón estadounidense (así como muchos otros buques) operaban en el PTO y efectuaban lances sobre delfines. El mero hecho de que, durante los 20 últimos años, los buques con pabellón de algunos Miembros hayan adoptado métodos de pesca que son menos perjudiciales para los delfines (mientras otros no lo han hecho) no significa que la medida estadounidense otorgue un trato reglamentario diferente a diferentes países.

46. Asimismo, las condiciones prevalecientes en los países pertinentes no son las mismas. Dado que la condición de admisibilidad no distingue entre Miembros, y ni siquiera entre pesquerías, sino entre métodos de pesca, parecería que la "condición" más apropiada que debe examinarse en este análisis son los daños diferentes causados a los delfines por efectuar lances sobre ellos, por un lado, y los causados por la pesca con redes de cerco (que no sea efectuando lances sobre

delfines), con palangre y con caña y línea, por el otro. No se pueden comparar. La información científica relativa a los daños a los delfines respalda plenamente la distinción que establece la medida entre efectuar lances sobre delfines y otros métodos de pesca. Por tanto, en lo que respecta a la protección y conservación de los delfines, las "condiciones" prevalecientes en un Miembro cuya flota habitualmente efectúa lances sobre delfines *no son las mismas* que las prevalecientes en un Miembro cuya flota emplea los demás métodos utilizados para producir atún destinado al mercado de productos de atún de los Estados Unidos.

47. México parece asimismo formular un argumento separado de que la supuesta diferencia en las prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores también demuestra que la medida modificada discrimina en casos en que las condiciones son las mismas. Este argumento no se sostiene. En primer lugar, México no puede explicar por qué ese argumento es pertinente para este análisis. México ni siquiera alega, y mucho menos demuestra, que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y presencia de observadores tengan un efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos, lo cual México alega que es suficiente para demostrar que la medida estadounidense es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III. En segundo lugar, estas prescripciones se *derivan del APICD*, no de la legislación estadounidense y, por tanto, no existe relación auténtica alguna entre la medida modificada y cualquier desventaja que México considere que *existe* para el funcionamiento de su rama de producción de atún. En tercer lugar, México se equivoca en cuanto a que las "condiciones", en relación con estas prescripciones, son las "mismas". Los Miembros de la CIAT acordaron prescripciones *diferentes* con respecto al mantenimiento de registros/la verificación y la presencia de observadores porque el PTO es *diferente* -en ninguna otra parte del mundo la pesca de atún ha causado tanto daño a los delfines como los grandes buques de cerco en el PTO-.

48. Si se constata que existe discriminación, 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". Denegar a los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines el acceso a la etiqueta está directamente relacionado con el objetivo de protección de los delfines. Como han demostrado los Estados Unidos, los lances sobre delfines son un método de pesca "especialmente dañin[o]" y otros métodos de pesca no causan el mismo nivel de daño a los delfines que el causado por los lances sobre ellos.

49. En efecto, México no parece centrarse en absoluto en si estas condiciones de admisibilidad están racionalmente relacionadas con el objetivo de protección de los delfines. Más bien, México parece centrarse en el hecho de que la mayor parte del atún capturado por México, dado que es capturado por un gran buque de cerco en el PTO, está sujeto a prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores impuestas por el APICD a las que no está sujeto el atún capturado fuera del PTO. A juicio de México, esta "diferencia" no contribuye a la protección de los delfines fuera del PTO. En primer lugar, como se analizó antes, la afirmación de México es contraria a las constataciones del OSD de que la medida inicial *de hecho* contribuía a la protección de los delfines fuera del PTO, con respecto a la pesca con redes de deriva y los lances sobre delfines, y a la indicación del Órgano de Apelación de que las declaraciones de los capitanes proporcionarían una certificación adecuada. En segundo lugar, en la medida que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores sean pertinentes para este análisis, cosa que cuestionamos, señalamos que el hecho de que el APICD imponga prescripciones únicas que no establecen los regímenes jurídicos aplicables a otras pesquerías efectivamente guarda relación con la protección y la conservación de los delfines.

50. Por último, México afirma que los Estados Unidos han discriminado en forma arbitraria e injustificable al no haber actuado por conducto del APICD para "atender sus restantes preocupaciones sobre los delfines y la pesca de atún". Nuevamente, México se equivoca desde el punto de vista jurídico. Como se señaló antes, un Miembro puede adoptar medidas "a los niveles que considere apropiados", y nada de lo dispuesto en los acuerdos abarcados exige que un Miembro se adhiera a un acuerdo internacional, punto confirmado por el párrafo 4 de artículo 2 del Acuerdo OTC.

51. México también se equivoca con respecto a los hechos. Los Estados Unidos *han participado* en negociaciones multilaterales con México en el marco del proceso del APICD. Además, los

Estados Unidos siguieron examinando esta cuestión con México en muchos foros diferentes, incluidas dos reuniones celebradas en la Ciudad de México en el segundo semestre de 2009. Los Estados Unidos también desean señalar, como se mencionó antes, que el recurso de México al asunto *Estados Unidos - Camarones* es particularmente desacertado. En esa diferencia, se constató inicialmente que la medida estadounidense no estaba justificada en virtud del artículo XX en parte debido a la naturaleza "rígida e inflexible" de la medida. Sin embargo, México ahora alega que los Estados Unidos deben imponer prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores "rígida[s] e inflexibles[s]" a todo el atún vendido como *dolphin safe* en el mercado estadounidense de productos de atún, independientemente del lugar o la forma en que se capturó, *en aras de su justificación en virtud del artículo XX*. El enfoque de México subvierte lo constatado en el asunto *Estados Unidos - Camarones*.

ANEXO B-6**RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL INICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS
EN LA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL****I. LA ALEGACIÓN FORMULADA POR MÉXICO AL AMPARO DEL PÁRRAFO 1 DEL
ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC NO SE SOSTIENE****A. La alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 no
se sostiene ya que no está comprendida en el mandato del Grupo Especial**

1. La alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 no está comprendida en el mandato del Grupo Especial. Basándose en el asunto *Estados Unidos - Reducción a cero (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, México ahora aduce que la alegación que formuló al amparo del párrafo 1 del artículo 2 está comprendida en el mandato del Grupo Especial porque los aspectos que no han cambiado de la medida modificada en litigio son "inseparables" de algo que claramente está comprendido en el mandato del Grupo Especial -la medida destinada a cumplir adoptada por los Estados Unidos-. En efecto, la norma definitiva de 2013 modifica la legislación estadounidense con respecto al atún capturado por todos los buques *distintos* de aquellos que operan en el PTO de conformidad con las prescripciones del APICD.

2. Es sin duda injusto que un reclamante intencionalmente escalone en los dos procedimientos su argumento en una alegación determinada, como ha hecho México en este caso. En resumen, México insta al Grupo Especial a responsabilizar a los Estados Unidos por no haber cumplido una serie de recomendaciones y resoluciones totalmente diferente a la que el OSD de hecho adoptó -tesis que es a todas luces injusta y prolonga innecesariamente la presente diferencia-. En efecto, el enfoque de México presenta precisamente la injusta "segunda oportunidad" contra la que ha prevenido el Órgano de Apelación.

**B. La alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 es
infundada**

3. En todo caso, la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 es infundada. México no ha demostrado que las distinciones reglamentarias causantes de cualquier efecto perjudicial no sean "imparciales". En consecuencia, México no ha demostrado que el efecto perjudicial "refleje la existencia de discriminación."

4. En cuanto a las distinciones reglamentarias pertinentes, las partes *no cuestionan* que la condición de admisibilidad relativa a si al capturar el atún se ha dado muerte o herido gravemente a un delfín es imparcial. Además, si bien México cuestiona que la condición de admisibilidad relativa a la práctica de efectuar lances sobre delfines sea imparcial, no demuestra sus afirmaciones a este respecto.

5. Debería estar claro que esa prohibición se aplica también a todas las pesquerías. Además, el hecho de que los buques mexicanos sigan efectuando lances sobre delfines -y, en consecuencia, produzcan productos de atún que no pueden llevar la etiqueta- no significa que la distinción reglamentaria no sea imparcial. Si así fuera, lo único que México debería demostrar es que existe un efecto perjudicial, lo que privaría de sentido a la segunda etapa del análisis.

6. El hecho cierto es que es totalmente apropiado que los Estados Unidos distingan entre efectuar lances sobre delfines, que es *intrínsecamente* peligroso para los delfines, y otros métodos de pesca. La ciencia respalda el enfoque de los Estados Unidos a este respecto y contradice de plano el enfoque de México. México simplemente no ha demostrado lo que afirma -que *todas* las demás técnicas de pesca "tienen efectos perjudiciales en los delfines que son iguales o superiores" a los de efectuar lances sobre delfines-.

7. Por tanto, México se ve obligado a basarse en gran medida en su argumento subsidiario de que debido a que el APICD impone prescripciones con respecto al mantenimiento de registros, la

verificación y la presencia de observadores de los grandes buques de cerco que operan en el PTO que son diferentes a las que impone la medida modificada con respecto a otros buques, la medida modificada no es imparcial. Sin embargo, estas "diferencias" no causan el efecto perjudicial que el Órgano de Apelación constató que existía y, por tanto, ningún análisis de ninguno de los dos aspectos arroja luz sobre la cuestión de si ese efecto perjudicial "refleja la existencia de discriminación". Además, México no aduce, y menos aún demuestra, que estos aspectos, por sí solos, causen un efecto perjudicial en las exportaciones mexicanas de productos de atún a los Estados Unidos.

8. Sin embargo, México sostiene algo diferente. México alega que el hecho de que sus competidores que operan fuera del PTO no deban cumplir prescripciones equivalentes a las del APICD significa que estos competidores tienen más oportunidades que los productores mexicanos de comercializar ilegalmente productos de atún que no son *dolphin safe* como *dolphin safe*. A juicio de México, esta mayor oportunidad de defraudar a los consumidores estadounidenses significa que los "productos de atún mexicanos están perdiendo oportunidades de competencia a favor de productos de atún que pueden estar incorrectamente etiquetados como *dolphin safe*". Sin embargo, México no presenta *ninguna* prueba que respalde su alegación. En particular, no hay pruebas de que productos de atún producidos fuera del PTO que no sean *dolphin safe* se estén comercializando ilegalmente en los Estados Unidos como *dolphin safe*. México tampoco ha presentado ninguna prueba de que incluso si se pudiera constatar alguna comercialización ilegal, este lamentable hecho estuviera sucediendo con mayor frecuencia que en el caso de los productos de atún que contienen atún procedente del PTO.

II. LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR MÉXICO AL AMPARO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO I Y EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 NO SE SOSTIENEN

9. México tampoco demuestra que la medida sobre el etiquetado *dolphin safe* modificada sea incompatible con el párrafo 1 del artículo I o el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. De acuerdo con la teoría de México, la cuestión de si la norma es totalmente legítima -o, en realidad, totalmente ilegítima- sencillamente no es pertinente, ya que el resultado es el mismo. Dada la enorme diversidad de métodos de producción, normas ambientales, sanitarias, laborales, etc. que existen en todos los Miembros de la OMC, parece difícil creer que *algún* reglamento técnico pueda superar esa prueba. Con seguridad, siempre habrá al menos un Miembro cuyos productores no cumplan una norma extranjera con respecto, por ejemplo, a la pintura con plomo o los productos orgánicos. Es innegable que esa teoría jurídica pone en peligro una amplia gama de reglamentos legítimos y socava gravemente la capacidad de los Miembros de regular en interés público.

10. La ventaja de tener acceso a la "ventaja" de la etiqueta *dolphin safe*, con sujeción a prescripciones neutrales en cuanto al origen, se otorga "inmediata e incondicionalmente" a todos los Miembros, incluido México, como exige el párrafo 1 del artículo I. Además, a los productos de atún mexicanos no se les otorga un trato menos favorable que a los productos procedentes de los Estados Unidos, como exige el párrafo 4 del artículo III.

11. México también está simplemente equivocado al alegar que esta "medida unilateral" intencionalmente le presiona para que cambie sus prácticas a través de la medida modificada. Esa alegación es *directamente contraria* a las constataciones del Grupo Especial inicial. Además, el argumento de México supone que el régimen de etiquetado del APICD es suficiente para cumplir el objetivo de la medida al nivel de protección elegido por los Estados Unidos. Sin embargo, el Órgano de Apelación ya ha constatado que la etiqueta APICD *no* alcanza el nivel de protección elegido por los Estados Unidos. México está afirmando que los Estados Unidos *deben* aceptar que la etiqueta APICD es suficiente para proteger a los delfines, pero México no da razones por las que esto sea así, y el argumento contradice el principio de que los Miembros pueden elegir sus propios niveles de protección.

III. LA MEDIDA SOBRE EL ETIQUETADO *DOLPHIN SAFE* MODIFICADA ESTÁ JUSTIFICADA EN VIRTUD DEL ARTICULO XX DEL GATT DE 1994

12. En todo caso, la medida modificada está justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994 y, por lo tanto, no es incompatible con el GATT de 1994. El Órgano de Apelación, en los asuntos *CE - Productos derivados de las focas, Estados Unidos - Gasolina* y otras diferencias ha dejado claro que, en el marco del artículo XX, el foco de atención estará en los aspectos de una medida que den lugar a una constatación de incompatibilidad con el GATT de 1994. Como ya se señaló, México solo impugna una condición de admisibilidad -no efectuar lances sobre delfines- por ser incompatible con las normas del GATT. Por consiguiente, este sería el único aspecto de la medida que podría ser pertinente para el análisis del Grupo Especial en el marco de los apartados del artículo XX.

A. La medida sobre el etiquetado *dolphin safe* modificada cumple las condiciones de los apartados b) y g) del artículo XX

13. La medida sobre el etiquetado *dolphin safe* modificada satisface los dos elementos de la norma prevista en el párrafo b) del artículo XX; a saber: su objetivo está comprendido en el alcance de la expresión "proteger la salud y la vida ... de los animales", y es "necesaria[]" para lograr ese objetivo. El Grupo Especial inicial ya constató, y el Órgano de Apelación confirmó, que "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines" era un objetivo de la medida inicial. Los esfuerzos de México por restar importancia al objetivo de "protección de los delfines" de la medida modificada son insostenibles. Las recomendaciones y resoluciones del OSD son claras -la medida "está[] relacionad[a] con auténticas preocupaciones en relación con la protección de la vida o la salud de los delfines" y está "destinada a proteger la vida o la salud animal."

14. Asimismo, las recomendaciones y resoluciones proporcionan una vía clara para que el Grupo Especial efectúe su examen de si la medida modificada es "necesaria[]" para proteger la vida y la salud de los delfines. El Órgano de Apelación, basándose en las constataciones del Grupo Especial inicial, constató que la medida "aborda plenamente los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines" tanto dentro como fuera del PTO. Esa condición de admisibilidad no ha sido modificada -sigue basándose en las declaraciones de los capitanes- y sigue siendo válida. Lo que el Órgano de Apelación censuró fue la otra condición que, a juicio del Órgano de Apelación, no abordaba plenamente "la mortalidad... debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO". La norma definitiva de 2013 corrige este aspecto y, por tanto, la medida modificada contribuye al objetivo de proteger a los delfines aún más de lo que lo hacía la medida inicial.

15. Por último, las recomendaciones y resoluciones del OSD establecen claramente que ninguna de las dos alternativas de México demuestra que la medida modificada no sea "necesaria[]". Esto no podría estar más claro que con respecto a la segunda alternativa de México, que es idéntica a la alternativa que el Órgano de Apelación ya ha rechazado a los efectos del párrafo 2 del artículo 2 ya que permitiría que más atún "capturado en condiciones que causan efectos perjudiciales a los delfines", es decir, atún capturado mediante lances sobre delfines, se etiquete como *dolphin safe*. El Grupo Especial debería seguir las recomendaciones y resoluciones del OSD y rechazar la segunda alternativa de México.

16. Asimismo, el Grupo Especial debería rechazar la primera alternativa de México, que adolece de numerosos defectos. En efecto, es tan vaga que los Estados Unidos ni siquiera entienden qué es lo que México propone en realidad sobre en qué consistirían los programas, cuán costoso sería aplicar tales programas y quién los pagaría. Además, la propuesta no es menos incompatible con las normas de la OMC (con arreglo a la teoría de México), no es menos restrictiva del comercio y no está razonablemente al alcance. La primera propuesta de México no logra en absoluto su cometido declarado.

17. La medida modificada también está justificada en virtud de la norma del apartado g) del artículo XX. Como ya reconocen las recomendaciones y resoluciones del OSD, la medida inicial perseguía el objetivo de "protección de los delfines" y, de hecho, contribuía a ese objetivo; esas recomendaciones y resoluciones se aplican por igual en el contexto de apartado g) del artículo XX

y el apartado b) del artículo XX. También está claro que la medida inicial contribuía a ese objetivo y que la medida modificada hace una contribución aún mayor -que satisface fácilmente la norma exigida por la expresión "relativas a" consistente en una "auténtica y estrecha relación de medios y fines"-. Además, estas condiciones de admisibilidad no solo son comparables -sino que son, en efecto, *idénticas*- para todos los productos nacionales e importados.

B. La medida sobre el etiquetado *dolphin safe* modificada se aplica de manera compatible con la parte introductoria del artículo XX

18. Por último, la medida modificada cumple la norma de la parte introductoria del artículo XX. En primer lugar, la medida modificada no se aplica en forma que dé lugar a la "discriminación" en el sentido de la parte introductoria *en absoluto*, porque no establece distinciones "entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones". La condición de admisibilidad relativa a los lances sobre delfines es completamente neutral en lo que respecta a la nacionalidad: ningún producto de atún que contenga atún capturado mediante lances sobre delfines puede llevar la etiqueta. No hay exclusiones ni excepciones para productos de determinados Miembros, y México no ha presentado pruebas de que la medida se aplique en forma discriminatoria.

19. Incluso si se considerara que las "condiciones" pertinentes son las opciones que toma una flota atunera de un país, no hay ninguna discriminación arbitraria o injustificable en este caso. El daño que los diferentes métodos de pesca representan para los delfines es fundamental en lo que concierne al objetivo de la medida modificada y, en consecuencia, es claramente "pertinente" a los efectos de la parte introductoria. Los Estados Unidos han demostrado que efectuar lances sobre delfines es *singularmente* peligroso para los delfines, por lo que respecta a los daños observados y no observados. Por consiguiente, las condiciones en los países cuyos buques habitualmente efectúan lances sobre delfines *no son las mismas* a efectos de la parte introductoria que las condiciones en los países cuyos buques emplean otros métodos para pescar atún.

20. México también aduce que la medida modificada establece distinciones con respecto al mantenimiento de registros y las certificaciones de los observadores que la hacen incompatible con la parte introductoria. Este argumento tampoco se sostiene. En primer lugar, no es pertinente. Según admite el propio México, las circunstancias que supuestamente provocan una discriminación en el marco de la parte introductoria son las mismas que provocaban la alegada incompatibilidad con el GATT, es decir, la condición de admisibilidad relativa a los lances sobre delfines. Pero incluso si la diferencia entre lo que las partes del APICD han acordado y lo que otros Miembros han acordado fuera del PTO fuera pertinente, no hay una relación auténtica entre ellas y cualquier supuesta desventaja para los productos de atún mexicanos, ya que las prescripciones adicionales de la medida modificada con respecto al PTO provienen íntegramente del APICD. Por supuesto, estas diferencias no son entre los países donde las condiciones pertinentes son "las mismas". Las partes del APICD han acordado imponerse a sí mismas prescripciones *singulares* debido al catastrófico daño que sus buques habían hecho a los delfines en el PTO desde los años cincuenta. No debería sorprender entonces que los miembros de las organizaciones regionales de gestión de la pesca en otras pesquerías no hayan asumido el mismo compromiso.

21. Además, incluso si se constatará que existe discriminación en el marco del párrafo introductorio, no cualquier discriminación es arbitraria o injustificable, porque las distinciones establecidas por la medida modificada son "compatibles con" y, en efecto, "relativas a" el objetivo de la medida abarcada por el artículo XX, a saber, la protección de los delfines.

22. Además, el criterio de admisibilidad relativo a los lances sobre delfines guarda una relación directa con la protección de los delfines. Las pruebas demuestran que efectuar lances sobre delfines es enormemente más peligroso para los delfines que otros métodos de pesca de atún. Además, es el *único* método de pesca intencionalmente dirigido a los delfines y, por lo tanto, el *único* método de pesca en que los riesgos para los delfines son parte *intrínseca* de las operaciones de pesca. En efecto, México ni siquiera parece discutir que prohibir que los productos de atún que contengan atún capturado mediante lances sobre delfines sean etiquetados como *dolphin safe* guarde relación con la protección de los delfines.

23. En la medida en que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros y de observadores sean pertinentes para el análisis en el marco del artículo XX (y no creemos que lo sean), las distinciones establecidas por la medida modificada no son "arbitrarias e injustificables".

Como constató el OSD en el procedimiento inicial, las certificaciones de los capitanes contribuyen *de hecho* a la protección de los delfines. El hecho de que las partes del APICD hayan optado por imponerse a sí mismas prescripciones *adicionales* en materia de mantenimiento de registros y de observadores, teniendo en cuenta el daño singular causado a los delfines en el PTO, no significa que la utilización desde hace ya tiempo de las declaraciones de los capitanes sea ilegítima.

24. La medida sobre el etiquetado *dolphin safe* impone condiciones de admisibilidad que manifiestamente guardan relación con su objetivo. Una condición guarda relación con la mortalidad y las heridas graves de los delfines y la otra con los métodos de pesca que, sobre la base de todos los testimonios científicos disponibles, *no* son *dolphin safe*. Todos los demás métodos de pesca de atún pueden reunir los requisitos para llevar la etiqueta (salvo la pesca con redes de deriva a gran escala en alta mar) y, a diferencia de lo que ocurría en el marco de la medida inicial en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, las fábricas de conservas y los operadores de buques individuales pueden asegurarse de que sus productos tengan acceso a la etiqueta sobre la base de sus propias elecciones en materia de compras y pesca.

25. El último argumento de México es que los Estados Unidos discriminaron arbitrariamente al no actuar por conducto del APICD para "abordar sus preocupaciones restantes" sobre la protección de los delfines. Este parece ser un intento de establecer una analogía entre esta diferencia y el procedimiento inicial en el asunto *Estados Unidos - Camarones* y, por tanto, fracasa por completo. En primer lugar nada de lo dispuesto en los acuerdos abarcados exige que los Miembros adopten cualquier nivel de protección que figure en ningún acuerdo internacional pertinente. En segundo lugar, en la medida sobre el etiquetado *dolphin safe* no se obliga, como sí se hacía en la medida objeto del asunto *Estados Unidos - Camarones*, a celebrar negociaciones multilaterales. En tercer lugar, incluso si se obligara a ello, de hecho, los Estados Unidos han estado negociando esta cuestión con México y otros miembros de la CIAT, en el marco del proceso del APICD, durante décadas.

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 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 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

ANEXO C-1**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR AUSTRALIA
EN CALIDAD DE TERCERO****A. MARCO JURÍDICO PARA LA JUSTIFICACIÓN PROVISIONAL DE UNA MEDIDA AL AMPARO DEL APARTADO B) DEL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994**

1. Australia recuerda que, según la orientación dada por el Órgano de Apelación, un Miembro que desee justificar provisionalmente su medida al amparo del apartado b) del artículo XX debe demostrar i) que ha adoptado o aplicado la medida para conseguir el objetivo especificado en ese apartado; y ii) que la medida es "necesaria" para alcanzar dicho objetivo.¹

2. Para determinar si una medida impugnada ha sido adoptada para conseguir el objetivo pertinente, un grupo especial debe examinar si dicha medida "atiend[e] los intereses particulares especificados en ese apartado" y si existe "un vínculo suficiente entre la medida y el interés protegido".²

3. Para determinar si una medida impugnada es "necesaria" para alcanzar su objetivo, un grupo especial debe "sopesar y confrontar" una serie de factores, "como la importancia del objetivo, la contribución de la medida a ese objetivo y el grado de restricción del comercio de la medida".³ Además, el Órgano de Apelación ha explicado que, "en la mayoría de los casos, a continuación deberá realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles alternativas".⁴

B. LA CUESTIÓN DE SI LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA HA SIDO ADOPTADA "PARA PROTEGER LA SALUD Y LA VIDA DE LOS ANIMALES"

4. Australia señala que las declaraciones de México con respecto a la justificación alegada por los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX en relación con la medida sobre el atún modificada indican que considera que una evaluación de la *contribución* de dicha medida a sus objetivos es pertinente para determinar si la medida sobre el atún modificada "está incluida en el grupo de las políticas destinadas a conseguir el objetivo". Por ejemplo, México afirma que "[l]a medida sobre el atún modificada no *alcanza los objetivos* que supuestamente persigue y, por consiguiente, no protege la salud y la vida de los animales en el sentido del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994".⁵

5. Australia está de acuerdo con la alegación de los Estados Unidos de que "la importancia que concede México a la contribución de la medida refunde indebidamente las cuestiones *distintas* de si el objetivo pertinente está comprendido en el ámbito de aplicación del apartado b), y de si la medida impugnada es "necesaria" para proteger la salud y la vida de los animales. Si bien la cuestión del grado en que contribuye la medida a su objetivo es pertinente para la segunda

¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169, donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 23; *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 119 y 120; y *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 292 (no se reproducen las notas de pie de página).

² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169, donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 23; *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 119 y 120; y *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 292 (no se reproducen las notas de pie de página).

³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169, donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 164; *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 306; y *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 182 (no se reproducen las notas de pie de página).

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 307.

⁵ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 252 (sin cursivas en el original).

cuestión, *no lo es para la primera*, en la que de lo que se trata es de si la medida en litigio 'atiend[e] los intereses particulares especificados en [el] apartado'.⁶

6. Australia considera que México habría tenido la posibilidad, al cuestionar que la medida sobre el atún modificada estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX, de poner en tela de juicio que el "diseño y la estructura" de dicha medida indicaran que el objetivo de política de la medida era la protección de la salud y la vida de los animales.⁷

7. No obstante, Australia señala que esa es una cuestión separada y distinta de la *contribución* que hace la medida a sus objetivos (es decir, si la medida "alcanza" los objetivos que supuestamente persigue).

C. LA CUESTIÓN DE SI LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA ES "NECESARIA" PARA ALCANZAR SU OBJETIVO

1. Argumentos de México con respecto al grado de restricción del comercio de la medida sobre el atún modificada

8. Según Australia, México parece argumentar que la medida sobre el atún modificada restringe el comercio en parte porque "[esa] medida [...], al igual que la medida inicial, *no alcanza los dos objetivos* que supuestamente persigue, al no poder los consumidores distinguir con precisión entre el atún que es inocuo para los delfines y el atún que no lo es".⁸

9. En opinión de Australia, ese enfoque mezcla indebidamente la *contribución* que hace la medida sobre el atún modificada a sus objetivos con la evaluación del *grado de restricción del comercio* de la medida. Australia sostiene que, de conformidad con la orientación del Órgano de Apelación, la contribución realizada por la medida sobre el atún modificada y el grado de restricción del comercio de dicha medida deben ser examinados por el Grupo Especial como dos factores *distintos*. El Grupo Especial debe examinar luego la interacción de esos factores⁹, junto con la importancia de los intereses y valores en juego, y cualesquiera otros factores pertinentes, como parte de la "operación holística de sopesar y confrontar" requerida para determinar si la medida sobre el atún modificada es "necesaria" para alcanzar su objetivo en el marco del apartado b) del artículo XX.¹⁰

2. Interpretaciones diferentes de las partes sobre el grado de restricción del comercio a efectos de la evaluación de la "necesidad" de la medida sobre el atún modificada

10. Como se ha indicado anteriormente, el grado de restricción del comercio es uno de los factores que ha de examinar un grupo especial en el ejercicio de "sopesar y confrontar" requerido para determinar la "necesidad" de una medida en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994.¹¹ Australia señala la observación de los Estados Unidos de que "las partes discrepan sustancialmente en cuanto al sentido de la expresión 'grado de restricción del comercio'".¹²

⁶ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 157 (sin cursivas en el original).

⁷ Informe del Grupo Especial, *CE - Preferencias arancelarias*, párrafos 7.201 y 7.202.

⁸ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 272, con respecto al grado de restricción del comercio.

⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.215.

¹⁰ Por ejemplo, el Órgano de Apelación afirmó en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna* (párrafo 163) que: "[u]na medida que tuviese relativamente poca repercusión en los productos importados podría más fácilmente considerarse 'necesaria' que una medida con efectos restrictivos intensos o más amplios". El Órgano de Apelación declaró en *CE - Productos derivados de las focas* (párrafo 5.215) que: "el régimen de la UE para las focas, aun en el caso de que diera lugar a un alto grado de restricción del comercio, podría seguir siendo considerado 'necesario' en el sentido del apartado a) del artículo XX, si así resultara de una operación de sopesar y confrontar atendiendo a las circunstancias específicas del caso y a la luz de la naturaleza concreta de la medida en litigio".

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169, donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 23; *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 119 y 120; y *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 292.

¹² Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 164.

11. Australia recuerda que el Órgano de Apelación ha descrito ese factor como "la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional".¹³ Además, en el contexto del párrafo 2 a) del artículo XI del GATT de 1994, el Órgano de Apelación ha señalado que el término "*restriction*" (restricción) "se define como '*a thing which restricts someone or something, a limitation on action, a limiting condition or regulation*' (algo que restringe a alguien o algo, una limitación de la acción, una condición o reglamentación limitativa) y por lo tanto se refiere en términos generales a *algo que tiene un efecto limitativo*".¹⁴ Por último, al examinar el sentido de restricción del comercio en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Órgano de Apelación constató que, utilizado junto con la palabra "comercio", "el término 'restricción' significa 'algo que tiene un efecto limitador en el comercio'".¹⁵

12. Australia está de acuerdo con los Estados Unidos en que, en tanto en cuanto México aduce que la medida sobre el atún modificada restringe el comercio simplemente porque es *discriminatoria* (es decir, que una medida alternativa que reduzca "la discriminación de facto contra los productos de atún mexicanos [...] restringiría por tanto menos el comercio")¹⁶, esto introduciría una prueba jurídica incorrecta para evaluar el grado de restricción del comercio de una medida.

13. Concretamente, Australia sostiene que una constatación de *discriminación* (por ejemplo, en el marco del párrafo 4 del artículo III o el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994) no es *per se* determinante de la cuestión del *grado de restricción del comercio* de una medida.¹⁷ Así pues, a los efectos del análisis de la "necesidad" en el marco del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, no basta con demostrar que la medida sobre el atún modificada altera las condiciones de competencia en perjuicio de los productos de atún mexicanos importados en el mercado estadounidense, sino que la medida también debe tener "un efecto limitador en el comercio".¹⁸

14. Por otra parte, Australia recuerda que la interpretación de los criterios jurídicos establecidos en disposiciones específicas del GATT de 1994 y los acuerdos abarcados se debe "basa[r] en el texto de esas disposiciones, interpretadas en su contexto, y teniendo en cuenta el objeto y fin de los acuerdos en que figuran".¹⁹ En consecuencia, de constatare que una medida es incompatible con una de las disposiciones de no discriminación del GATT de 1994 (como el párrafo 4 del artículo III o el párrafo 1 del artículo I), sería inapropiado que un grupo especial simplemente transpusiera su constatación de incompatibilidad con esas obligaciones al examen del grado de restricción del comercio de una medida en el marco del artículo XX del GATT de 1994.

15. Ahora bien, Australia no quiere decir que los hechos y circunstancias que dan lugar a una constatación de discriminación por parte de un grupo especial en un determinado asunto (es decir, la base para constatar que la medida en litigio tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados) sean *irrelevantes* para el análisis del grado de restricción del comercio en el marco del artículo XX.²⁰

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 143, donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 306; y *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 163. Véase también *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 163 (donde se indica que, en el caso de una medida incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, es el grado en que la medida produce "efectos restrictivos sobre las mercancías importadas" lo que debe examinarse).

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 319 (sin cursivas en el original); citado en el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319.

¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319. Australia señala que, si bien el término "restricción" utilizado en el artículo XI no figura en el párrafo 2 del artículo 2, en *Estados Unidos - Atún II (México)* el Órgano de Apelación se basó en su interpretación de "restricción" en el contexto del párrafo 2 a) del artículo XI para definir "restricción del comercio" en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC como "algo que tiene un efecto limitador en el comercio".

¹⁶ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 281.

¹⁷ Australia considera que ese mismo argumento sería aplicable a una constatación de discriminación en virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y a la investigación analítica separada y distinta del grado de restricción del comercio de una medida en el marco del párrafo 2 del artículo 2 de dicho Acuerdo.

¹⁸ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 165.

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.129.

²⁰ En ese sentido, Australia señala las observaciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO* de que, "[a]unque el Grupo Especial expuso la opinión de que la no conformidad de un reglamento técnico con el párrafo 1 del artículo 2 no es *per se* algo que afecte a la conformidad de ese reglamento técnico con el

16. De hecho, Australia señala que grupos especiales y el Órgano de Apelación han constatado la pertinencia de una serie de factores para la evaluación del grado de restricción del comercio de una medida, según las circunstancias del caso, con inclusión de la naturaleza de la medida en litigio y la incompatibilidad alegada con las obligaciones en el marco de la OMC, los argumentos esgrimidos por las partes, y la naturaleza, calidad y cantidad de las pruebas disponibles.²¹ Es decir, los contornos precisos del grado de restricción del comercio pueden variar en un determinado caso, y dependerán en gran medida de la naturaleza de la medida específica en litigio y de las alegaciones concretas de incompatibilidad con las obligaciones en el marco de la OMC formuladas.

17. Así pues, Australia sostiene que el análisis por el Grupo Especial del grado de restricción del comercio de la medida sobre el atún modificada, en el contexto de su ejercicio de sopesar y confrontar en el marco del apartado b) del artículo XX, debe centrarse en si esa medida tiene "un efecto limitador en el comercio" o, dicho de otro modo, en la "repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional".

18. En las circunstancias específicas de este asunto (incluida la incompatibilidad alegada de la medida sobre el atún modificada con el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994), el efecto de la medida sobre el atún modificada en las oportunidades de competencia para los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense puede ser pertinente para ese análisis.

párrafo 2 del artículo 2 en general, o con el elemento de 'restrictividad del comercio' en particular, se basó en las constataciones que había formulado en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 para constatar que la medida sobre el EPO restringe el comercio en el sentido del párrafo 2 del artículo 2": informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, nota 756 al párrafo 381.

²¹ Véanse, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *India - Automóviles*, párrafo 7.270 (donde se señala que la expresión "condición limitativa" sugiere la necesidad de identificar "una condición que sea limitativa, es decir, que tenga un efecto limitativo", y que "[e]n el contexto del artículo XI, ese efecto limitativo debe afectar a la importación misma") (sin cursivas en el original); el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 163 (donde se hace referencia al "grado en que la medida destinada a lograr la observancia produce efectos restrictivos sobre el comercio internacional, es decir, en el caso de una medida incompatible con el párrafo 4 del artículo III, efectos restrictivos sobre las mercancías importadas") (sin cursivas en el original); el informe del Órgano de Apelación, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafo 300 (donde se indica que el Grupo Especial, en una constatación confirmada por el Órgano de Apelación, consideró la "repercusión restrictiva que las medidas en litigio tienen en las importaciones de los productos pertinentes" y en "quienes desean importar, en particular en su derecho a tener actividades comerciales") (sin cursivas en el original); el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 150 (donde se hace referencia a "efectos de restricción del comercio internacional tan graves como los que se derivan de una prohibición de las importaciones"); el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafos 477 y 479 (donde se señala que las constataciones del Grupo Especial "dan a entender que consideró que la medida tiene un *grado considerable de restricción del comercio* toda vez que *limita las oportunidades de competencia* del ganado importado en comparación con la situación anterior a la promulgación de la medida sobre el EPO" y se concluye que "[e]n conjunto, consideramos que las constataciones fácticas del Grupo Especial indican que la medida sobre el EPO ... *tiene un grado considerable de restricción del comercio*") (sin cursivas en el original); el informe del Grupo Especial, *Colombia - Puertos de entrada*, párrafo 7.236 (donde se observa que "los grupos especiales también han examinado si una medida constituye una restricción eficaz evaluando la *repercusión* de la medida en las *oportunidades competitivas* de que disfrutaban los productos importados") (sin cursivas en el original).

ANEXO C-2**RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL DE AUSTRALIA EN
LA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL Y RESPUESTAS
A LAS PREGUNTAS DEL GRUPO ESPECIAL****A. LA CUESTIÓN DE SI LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA SE HA ADOPTADO
"PARA PROTEGER LA SALUD Y LA VIDA DE LOS ANIMALES"**

1. Australia recuerda la orientación del Órgano de Apelación de que un Miembro que trate de justificar una medida que ha adoptado al amparo del apartado b) del artículo XX debe demostrar, en primer lugar, que ha adoptado o aplicado la medida para alcanzar el objetivo especificado en ese apartado y, en segundo lugar, que la medida es "necesaria" para lograr ese objetivo.¹

2. Australia señala que la cuestión de si una medida impugnada ha sido adoptada para alcanzar un objetivo pertinente es una indagación separada y distinta de la de si la medida es "necesaria" para lograr ese objetivo.

3. Al determinar si una medida está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX, Australia sostiene que, como primer paso, el Grupo Especial debería examinar si la medida sobre el atún modificada "atiend[e] los intereses particulares especificados en ese apartado", y si hay "un vínculo suficiente entre la medida y el interés protegido".²

4. Australia considera que, al examinar si la medida sobre el atún modificada está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX, el Grupo Especial puede examinar si el "el diseño y la estructura" de dicha medida indican que el objetivo de política de esta era la protección de la salud y la vida de los animales.³

5. Con respecto a la justificación de la medida sobre el atún modificada alegada por los Estados Unidos al amparo del apartado b) del artículo XX, en su comunicación escrita México indica que considera que una evaluación de la contribución de la medida sobre el atún modificada a su objetivo es pertinente para la cuestión de si dicha medida "está incluida en el grupo de las políticas destinadas a conseguir el objetivo".⁴

6. No obstante, Australia está de acuerdo con los Estados Unidos en que la evaluación de la contribución de la medida sobre el atún modificada a su objetivo solo es pertinente para la cuestión de si la medida es "necesaria" para lograr su objetivo. No es pertinente para la primera cuestión de si la medida impugnada ha sido adoptada para alcanzar un determinado objetivo.

**B. LA CUESTIÓN DE SI LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN MODIFICADA ES "NECESARIA"
PARA LOGRAR SU OBJETIVO**

7. Australia recuerda la orientación del Órgano de Apelación de que "... el análisis de la necesidad entraña un proceso en el que 'se sopesa y se confronta' una serie de factores, como la importancia del objetivo, la contribución de la medida a ese objetivo y el grado de restricción del comercio de la medida".⁵

¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169, donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 23; *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 119 y 120; y *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 292 (no se reproducen las notas de pie de página).

² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169, donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 23; *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 119 y 120; y *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 292 (no se reproducen las notas de pie de página).

³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Preferencias arancelarias*, párrafos 7.201 y 7.202.

⁴ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 252.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.169; véase también el informe del Órgano de Apelación, *China - Publicaciones y productos audiovisuales*, párrafos 239-242.

8. Australia sostiene que, de conformidad con la orientación del Órgano de Apelación, el Grupo Especial debería examinar la contribución de la medida sobre el atún modificada y el grado de restricción del comercio de la medida sobre el atún modificada como dos factores *distintos*. El Grupo Especial debería entonces examinar la interacción de estos factores, junto con la importancia de los intereses y valores en juego, y cualquier otro factor pertinente, como parte de "una operación de sopesar y confrontar que debe efectuarse de forma íntegra" para determinar si la medida es "necesaria" para lograr sus objetivos en el marco del apartado b) del artículo XX.⁶ Australia sostiene además que el análisis por el Grupo Especial del grado de restricción de la medida sobre el atún modificada debería centrarse en si dicha medida tiene un "efecto limitador en el comercio". En otras palabras, el análisis del Grupo Especial debería centrarse en la "repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional".⁷

9. Australia considera que una constatación de la existencia de discriminación no es *per se* determinante de la cuestión del grado de restricción del comercio de una medida. Además, no sería apropiado simplemente transponer una constatación de incompatibilidad con obligaciones impuestas por otra disposición del GATT al examen del grado de restricción del comercio de una medida en el marco del artículo XX.

10. Sin embargo, Australia no quiere decir que los hechos y las circunstancias que respaldan una constatación de discriminación no sean pertinentes para la cuestión del grado de restricción del comercio. Más bien, Australia señala que los contornos exactos del grado de restricción del comercio pueden variar en cualquier caso determinado y dependerán en gran medida de la naturaleza de la medida concreta en cuestión y de las alegaciones concretas de incompatibilidad con las obligaciones contraídas en el marco de la OMC.

11. En este caso, el efecto de la medida sobre el atún modificada en las oportunidades de competencia disponibles para los productos de atún mexicanos puede ser pertinente para el análisis por parte del Grupo Especial del grado de restricción del comercio de la medida.

C. CARGA DE LA PRUEBA EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

12. A juicio de Australia, las declaraciones formuladas por el Órgano de Apelación en el párrafo 216 del informe que emitió en el asunto *Estados Unidos - Atún* y el párrafo 272 de su informe en el asunto *Estados Unidos - EPO* indican que el reclamante debe hacer más que demostrar que el reglamento técnico en cuestión tiene un efecto perjudicial sobre las importaciones para satisfacer la carga de acreditar *prima facie* la existencia de un trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Esto es coherente con la aclaración anterior del Órgano de Apelación de que no todos los casos de efecto perjudicial sobre los productos importados equivalen al trato menos favorable de las importaciones prohibido en virtud del párrafo 1 del artículo 2⁸; y, en consecuencia, la existencia de un efecto perjudicial sobre las importaciones no es determinante de que exista un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2.⁹

13. Más bien, como se explica en las declaraciones del Órgano de Apelación, el reclamante también tiene la carga de aportar pruebas y argumentos que demuestren que la medida está diseñada y/o se aplica de una manera que no es imparcial (por ejemplo, de una manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificado) de tal forma que el efecto perjudicial sobre las importaciones refleja la existencia de una discriminación prohibida en virtud del párrafo 1 del artículo 2.¹⁰ Si bien tales pruebas y argumentos podrían indicar que el efecto perjudicial sobre las importaciones no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, no se exige específicamente que el reclamante demuestre este elemento negativo.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.165.

⁷ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 143, donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 306 y *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 163; y el informe del Órgano de Apelación, *China - Materias primas*, párrafo 319, citado en el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 319.

⁸ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182; *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215; y *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 180-182.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

14. A juicio de Australia, un reclamante satisface la carga de demostrar *prima facie* la existencia de un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 tras aportar pruebas y argumentos que demuestren que la medida tiene un efecto perjudicial sobre las importaciones y que la medida está diseñada y/o se aplica de una manera que no es imparcial. Luego de esto, la carga se desplaza al demandado, que debe demostrar que el efecto perjudicial sobre los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

ANEXO C-3**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR
EL CANADÁ EN CALIDAD DE TERCERO****I. INTRODUCCIÓN**

1. En su comunicación en calidad de tercero, el Canadá aborda tres cuestiones jurídicas sistémicas fundamentales: el ámbito del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC); el criterio jurídico para determinar la legitimidad de la distinción reglamentaria en el marco del párrafo 1 del artículo 2; y la relación entre los criterios jurídicos relativos al trato menos favorable que figuran en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

II. LOS GRUPOS ESPECIALES DEBEN EXAMINAR LA ARQUITECTURA GENERAL DE LA MEDIDA AL DETERMINAR SI EL EFECTO PERJUDICIAL SE DERIVA EXCLUSIVAMENTE DE UNA DISTINCIÓN REGLAMENTARIA LEGÍTIMA

2. Al evaluar si una distinción reglamentaria es imparcial en el marco del párrafo 1 del artículo 2, el Órgano de Apelación ha dejado claro que los grupos especiales deben "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".

3. La alegación de los Estados Unidos según la cual el análisis de la distinción reglamentaria legítima debe limitarse *solo* a la distinción que causa el efecto perjudicial restringe el ámbito del análisis de una forma incompatible con la jurisprudencia. Un enfoque restrictivo de este tipo socavaría la capacidad de los grupos especiales para realizar una evaluación objetiva del asunto que se les ha sometido, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.

4. El Órgano de Apelación ha confirmado que al examinar si un efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, los grupos especiales no tienen que limitarse a examinar solo la distinción reglamentaria que causa el efecto perjudicial en los productos importados. Antes bien, los grupos especiales deben examinar la arquitectura general del reglamento técnico, en su diseño y aplicación. Además, el Órgano de Apelación ha hecho hincapié en que la imparcialidad del reglamento técnico impugnado en su conjunto es un elemento del análisis de la distinción reglamentaria legítima.

5. Puede haber otros elementos de la medida pertinentes para analizar si la distinción reglamentaria es imparcial. Si bien estos elementos pueden no estar directamente conectados a la distinción reglamentaria que causa el efecto perjudicial, pueden ayudar a explicar si el efecto perjudicial refleja discriminación en infracción de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2.

6. No todos los elementos del reglamento técnico servirán para probar si un efecto perjudicial refleja discriminación. El examen del grupo especial respecto de la pertinencia de cada elemento de un reglamento técnico debe realizarse caso por caso.

III. EL EXAMEN DEL FUNDAMENTO DE LA DISTINCIÓN REGLAMENTARIA FORMA PARTE INTEGRANTE DEL ANÁLISIS DE IMPARCIALIDAD

7. En su primera comunicación escrita, México aplicó la prueba de tres partes adoptada por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Productos derivados de las focas*. Este criterio es incorrecto porque exige, en sus elementos primero y segundo, un examen de la explicación o justificación de las distinciones reglamentarias con independencia de la determinación de si la distinción reglamentaria es imparcial.

8. Al examinar la imparcialidad de la distinción reglamentaria, los grupos especiales deben examinar el fundamento de la distinción reglamentaria que ha expuesto el Miembro demandado a la vista del objetivo de política identificado, para determinar si la distinción reglamentaria y el

objetivo de política identificado guardan una conexión racional. Al hacerlo, los grupos especiales deben examinar si la distinción reglamentaria está diseñada o aplicada en una forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificada, de modo que no es imparcial. La jurisprudencia apoya la opinión de que la cuestión de la existencia de una conexión racional no debe examinarse separadamente de la determinación de imparcialidad de la distinción reglamentaria. La existencia o inexistencia de un fundamento que explique o justifique la distinción reglamentaria a la vista del objetivo de política identificado es un aspecto crucial para determinar si una distinción reglamentaria es imparcial.

9. La jurisprudencia en la que se interpreta la "discriminación arbitraria o injustificable" en el sentido de la parte introductoria del artículo XX puede informar la interpretación de la imparcialidad de una medida en el marco del párrafo 1 del artículo 2. Esto es compatible con la constatación formulada por el Órgano de Apelación según la cual "hay importantes paralelismos entre los análisis" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y de la parte introductoria, y según la cual, el equilibrio establecido en el Acuerdo OTC, reflejado en el preámbulo, no es, en principio, diferente del equilibrio establecido en el GATT de 1994 entre las obligaciones de no discriminación del párrafo 1 del artículo I y del párrafo 4 del artículo III y las excepciones generales del artículo XX.

10. El hecho de que el Órgano de Apelación reprochara recientemente al Grupo Especial encargado del asunto *CE - Productos derivados de las focas* que hubiera sustituido la prueba correspondiente a la parte introductoria del artículo XX por la prueba de la distinción reglamentaria legítima correspondiente al párrafo 1 del artículo 2 no socava la importancia de examinar, como parte del análisis de la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2, si la distinción reglamentaria guarda una conexión racional con el objetivo del reglamento técnico.

IV. EL HECHO DE QUE LOS CRITERIOS JURÍDICOS DE LAS OBLIGACIONES DE NO DISCRIMINACIÓN QUE FIGURAN EN EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 Y EN EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III NO SEAN LOS MISMOS NO MENOSCABA "LA CAPACIDAD DE UN MIEMBRO DE REGULAR EN INTERÉS PÚBLICO"

11. En el asunto *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación confirmó que el criterio jurídico con respecto a la obligación de no discriminación que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no se aplica igualmente a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. A los efectos de un análisis del "trato menos favorable" en el marco del párrafo 4 del artículo III, los grupos especiales no están obligados 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.

A. El GATT de 1994 protege el derecho de los Miembros a reglamentar

12. El Órgano de Apelación ha confirmado que en el marco del GATT de 1994, el derecho de los Miembros a reglamentar tiene cabida en el artículo XX; por tanto, al examinar el efecto perjudicial en el marco del párrafo 1 del artículo I y del párrafo 4 del artículo III, los grupos especiales no deben realizar un análisis adicional de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

13. Según los Estados Unidos, el criterio jurídico respecto de la obligación que figura en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 debe incluir un examen de "las razones en que se basa el criterio y su funcionamiento"; de lo contrario, los Miembros no podrían adoptar medidas que establecieran distinciones reglamentarias destinadas a lograr objetivos legítimos de política pública. Esto es lisa y llanamente incorrecto. El argumento de los Estados Unidos pasa por alto otras disposiciones del GATT de 1994 que permiten a los Miembros "regular en interés público", como el artículo XX, que establece excepciones generales a las obligaciones comerciales contraídas por los Miembros en virtud del Acuerdo.

B. El GATT de 1994 no prohíbe a los Miembros establecer distinciones reglamentarias

14. La sugerencia de los Estados Unidos, según la cual el párrafo 4 del artículo III debería incluir un examen de "las razones en que se basa el criterio [en cuestión] y su funcionamiento", parece introducir en el párrafo 4 del artículo III un elemento adicional que considere los objetivos de política de una medida, como la prueba de la distinción reglamentaria legítima establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Asimismo, priva de efecto jurídico a las disposiciones del artículo XX del GATT de 1994, que protegen el derecho a regular de los Miembros de la OMC.

15. Las disposiciones del GATT de 1994 reflejan un delicado equilibrio entre los objetivos de liberalización del comercio plasmados, *inter alia*, en sus obligaciones de no discriminación, y la protección del derecho de los Miembros a regular en interés público, prevista en el artículo XX. Habida cuenta de la estructura del GATT de 1994, el análisis de los objetivos de política de una medida impugnada que pueden justificar la discriminación entre productos similares debe realizarse en el marco del artículo XX.

1. El Grupo Especial no está facultado para abordar los desequilibrios que se perciban entre el derecho de los Miembros a regular en el marco del GATT de 1994 y del Acuerdo OTC

16. Los Estados Unidos afirman que el alcance de los objetivos legítimos que pueden invocarse al amparo del artículo XX para justificar una infracción del GATT de 1994 es más restrictivo que el alcance de los objetivos legítimos que los Miembros pueden invocar al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, lo que crearía problemas en el caso de que un Miembro persiguiera objetivos distintos de los que figuran en el artículo XX del GATT de 1994.

17. En las comunicaciones de los Estados Unidos, no queda demostrada la exactitud de su afirmación. No obstante, aun cuando fuera cierto que el alcance de los objetivos legítimos es más restrictivo en el marco del artículo XX que en el de los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, como ha señalado el Órgano de Apelación, corresponde a los Miembros de la OMC abordar en las negociaciones los desequilibrios que se perciban en los derechos y obligaciones vigentes contraídos en el marco del Acuerdo OTC y del GATT de 1994.

ANEXO C-4**RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL DEL CANADÁ
EN LA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL****I. INTRODUCCIÓN**

1. En su declaración oral en calidad del tercero, el Canadá se refirió a la prueba correcta que ha de aplicarse en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC con respecto al elemento del "trato menos favorable", la cuestión de la relación entre esa disposición y el párrafo 4 del artículo III del GATT y el orden del análisis que debería seguirse en el marco del artículo XX del GATT.

II. PRUEBA APLICABLE RESPECTO DEL "TRATO MENOS FAVORABLE" EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

2. La prueba correcta para determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima es si la distinción reglamentaria es imparcial. Cabe que existan varios factores que puedan demostrar la imparcialidad, o la falta de esta.

3. El Canadá considera que la Unión Europea hace declaraciones erróneas sobre la legislación cuando indica que todas las distinciones reglamentarias son admisibles siempre que se deriven exclusivamente de "la persecución de objetivos legítimos". El hecho de que la medida en su conjunto, incluida la distinción reglamentaria, persiga un objetivo legítimo es una condición necesaria pero no suficiente. También es necesario que la propia distinción reglamentaria sea "legítima". Esta determinación no se basa en si el objetivo perseguido es legítimo, sino en si la distinción reglamentaria es "imparcial".

III. EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994 NO INCLUYE UN ELEMENTO DE DISTINCIÓN REGLAMENTARIA LEGÍTIMA

4. Las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Productos derivados de las focas* confirman que el criterio jurídico correspondiente a las obligaciones de no discriminación en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no se aplica igualmente a las alegaciones formuladas al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT. Por lo tanto, el Grupo Especial no está obligado, en el marco del párrafo 4 del artículo III, a realizar una indagación adicional sobre si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima ni a examinar ningún fundamento de política que el Miembro demandado exponga para tratar de justificar el trato discriminatorio.

5. El Canadá no considera que la capacidad de un Miembro de reglamentar en interés público se vea menoscabada si no se exige que un grupo especial examine el fundamento o el objetivo de política subyacentes de una medida como parte del análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III. El equilibrio reflejado en el Acuerdo OTC entre el deseo de los Miembros de la OMC de evitar los obstáculos innecesarios al comercio y el reconocimiento del derecho de los Miembros a reglamentar se lleva a efecto, entre otras cosas, a través de la inclusión del elemento de distinción reglamentaria legítima del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Este equilibrio, en principio, no es diferente del equilibrio establecido entre el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT, y el artículo XX del GATT. El Canadá considera que, en efecto, el equilibrio logrado en el GATT de 1994 protege el derecho de un Miembro a reglamentar. Todo intento de introducir una indagación adicional del fundamento subyacente de una medida en un análisis efectuado en el marco del párrafo 4 del artículo III perturbaría este delicado equilibrio y la jurisprudencia establecida que ha orientado la interpretación de las obligaciones de no discriminación a la luz del artículo XX.

6. Además, los Estados Unidos no ofrecen ningún ejemplo concreto que justifique su preocupación de que el alcance más limitado de los objetivos previstos en el artículo XX en comparación con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC pueda socavar el derecho de un Miembro a reglamentar.

IV. EL ORDEN DEL ANÁLISIS EN EL MARCO DEL ARTÍCULO XX DEL GATT

7. El Órgano de Apelación ha afirmado recientemente, en *China - Tierras raras*, que una evaluación en el marco del artículo XX del GATT supone efectuar un análisis doble.

8. En la primera etapa, de la justificación provisional, la parte demandada debe demostrar que la medida impugnada "atiend[e] los intereses particulares especificados en ese apartado", y que "exist[e] un vínculo suficiente entre la medida y el interés protegido". En el contexto del apartado b) del artículo XX la parte demandada también debe demostrar que ha adoptado o aplicado una medida "necesaria[...]" para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales". El análisis de la necesidad entraña un proceso en el que se "sopesa y confronta" una serie de factores.

9. Si bien México describe la prueba correcta en el marco del artículo XX, no aplica el "orden de los pasos" correcto para evaluar la compatibilidad del artículo XX. El Canadá está de acuerdo con los Estados Unidos en que la evaluación de si una medida contribuye a cumplir el objetivo forma parte de la prueba de la necesidad y no debería formar parte del análisis de si una medida queda comprendida en el ámbito de aplicación del apartado b) del artículo XX.

ANEXO C-5**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA**

1. La Unión Europea tiene un interés sustancial en el asunto sometido al Grupo Especial y solicitamos que nuestros intereses en calidad de tercero sean tenidos plenamente en cuenta durante todo el procedimiento del Grupo Especial. En concreto, solicitamos que se permita a los terceros lo siguiente: estar presentes en toda la audiencia; por invitación del Grupo Especial, formular observaciones sobre las cuestiones que se planteen durante la audiencia; recibir copias de las preguntas que se formulen a las partes, de sus respuestas y observaciones; y estar presentes en cualesquiera reuniones posteriores que el Grupo Especial sobre el cumplimiento celebre con las partes. A fin de facilitar la labor del Grupo Especial y de las partes, la Unión Europea propone que los terceros reciban todos los documentos en una sola copia únicamente en formato electrónico. Por el mismo motivo, la Unión Europea propone asimismo que se permita a cada tercero elaborar un resumen integrado de todas sus comunicaciones, de seis páginas como máximo (como está previsto actualmente), en un plazo de siete días (como también está previsto actualmente), para su uso como sección pertinente de la parte expositiva del informe del Grupo Especial.

2. Si bien no hay un sistema formal de precedentes en el derecho de la OMC, el procedimiento inicial y el procedimiento sobre el cumplimiento forman parte de un proceso continuo y se espera que los grupos especiales sobre el cumplimiento se orienten por sus constataciones anteriores.

3. Si el mismo asunto que se sometió ante el grupo especial inicial y sobre el que se adoptó una decisión se somete de nuevo al Grupo Especial sobre el cumplimiento (es decir, no cambia nada de lo siguiente: la legislación y la aclaración de la legislación, la medida, los hechos y las pruebas), el Grupo Especial sobre el cumplimiento puede y debe simplemente remitirse a su constatación anterior y *reiterarla*. No existe una regla general respecto de la *res judicata* en el derecho de la OMC, pero se espera que los grupos especiales sobre el cumplimiento sigan los resultados del procedimiento inicial.

4. Si uno o varios de los elementos mencionados *supra* ha cambiado, el Grupo Especial sobre el cumplimiento deberá tenerlo en cuenta cuando formule sus determinaciones, al tiempo que sigue orientándose por sus constataciones anteriores.

5. La terminología utilizada en las comunicaciones de los Estados Unidos sigue siendo confusa: ¿se trata de una cuestión de ámbito, de competencia, de mandato, de *res judicata*, de *non liquet*, de la relación entre distintos tipos de procedimientos en el marco del ESD o del texto concreto del párrafo 5 del artículo 21? Además, sigue sin quedar clara la importancia de determinadas declaraciones formuladas en asuntos anteriores, en particular, cuando se extraen del contexto del asunto concreto en el que se realizaron.

6. En opinión de la Unión Europea, ninguna de las cuestiones planteadas por los Estados Unidos se refiere al concepto de competencia.

7. Se puede considerar que el concepto de *mandato* (artículo 7 del ESD) se refiere a la "competencia" de un *grupo especial concreto*, si bien el uso del término "mandato" es más preciso y preferible, porque es el que se utiliza en el tratado y, por tanto, ayuda a distinguir este concepto del de competencia. En el presente asunto, la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC figura claramente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por México y, por tanto, está comprendida en el mandato.

8. Ninguna disposición del párrafo 7 del artículo 3 establece una condición cuya concurrencia impediría a una de las partes promover un procedimiento, incluido un procedimiento sobre el cumplimiento. La única limitación expresa mencionada en el párrafo 7 del artículo 3 es que los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar. En gran medida corresponde al propio Miembro decidir sobre la utilidad de presentar una reclamación. No existe una doctrina general respecto de la *res judicata* en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

9. Contrariamente a lo que los Estados Unidos parecen creer, el asunto *Estados Unidos - Camarones* no respalda las comunicaciones que han presentado en este procedimiento. Más bien, simplemente confirma que una vez que determinadas medidas están debidamente comprendidas en el ámbito de un procedimiento sobre el cumplimiento, porque son medidas destinadas a cumplir declaradas o no declaradas, se puede plantear cualquier alegación contra ellas, se haya planteado o no en el procedimiento inicial, y *el grupo especial sobre el cumplimiento debe evaluar y resolver dicha alegación*, pudiendo dicha resolución ser objeto de examen en apelación.

10. En el asunto *México - Jarabe de maíz* (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), era procedente que el grupo especial sobre el cumplimiento examinara la compatibilidad de la redeterminación. Fue esta evaluación la que el Órgano de Apelación examinó. Este asunto no respalda las comunicaciones presentadas por los Estados Unidos en este procedimiento. Simplemente confirma que una vez que determinadas medidas están debidamente comprendidas en el ámbito de un procedimiento sobre el cumplimiento, porque son medidas destinadas a cumplir declaradas o no declaradas, se puede plantear cualquier alegación contra ellas, se haya planteado o no en el procedimiento inicial, y *el grupo especial sobre el cumplimiento debe evaluar y resolver dicha alegación*, aunque solo sea para determinar que se adoptó una decisión sobre la cuestión en el procedimiento inicial, pudiendo dicha resolución ser objeto de examen en apelación.

11. El artículo 11 del ESD exige a los grupos especiales que hagan una evaluación objetiva del asunto que se les haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos del asunto, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con estos, y formulen otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Esto es compatible con el artículo 23 del ESD, que exige a los Miembros que recurran al ESD cuando traten de reparar el incumplimiento de las obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados; el párrafo 3 del artículo 3 del ESD, que se refiere a los casos en que *un Miembro considere* que se ha producido una infracción; y el párrafo 2 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 19 del ESD, en virtud de los cuales los procedimientos de solución de diferencias no pueden entrañar el aumento o la *reducción* de los derechos y obligaciones de los Miembros. Igualmente, el párrafo 12 del artículo 17 del ESD exige al Órgano de Apelación que examine cada una de las cuestiones planteadas de conformidad con el párrafo 6 del artículo 17 en el procedimiento de apelación. Por tanto, a reserva de la debida aplicación del principio de economía procesal (que no está en litigio en el presente procedimiento sobre el cumplimiento), cuando un asunto está debidamente comprendido en la competencia y el mandato de un órgano jurisdiccional de la OMC, dicho órgano debe evaluarlo y pronunciarse sobre él. No existe una doctrina general de *non liquet* en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

12. El concepto del ámbito de varios procedimientos diferentes en el marco del ESD *en su relación mutua* es diferente de los conceptos de *competencia*, *mandato*, *res judicata* y *non liquet* mencionados *supra*. Ciertamente, existen algunos puntos de exclusión y de coincidencia. Por ejemplo, la misma medida y el mismo asunto pueden ser objeto de más de un procedimiento de grupo especial; un árbitro puede fijar un plazo prudencial de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, pero en algunos asuntos es el grupo especial inicial quien fija el plazo de aplicación, etc. Por tanto, el hecho de que un determinado asunto o medida esté comprendido en el ámbito de un procedimiento o de un tipo de procedimiento, no significa forzosamente que no esté comprendido en el ámbito de otro procedimiento o tipo de procedimiento.

13. El ámbito de un procedimiento sobre el cumplimiento se rige por los términos del párrafo 5 del artículo 21 del ESD: es la "diferencia" que consiste en el "desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado". Este examen incluye también tanto las medidas destinadas a cumplir *declaradas* como cualquier medida destinada a cumplir *no declarada*, incluidas las que cumplen el criterio del *vínculo estrecho*. Las medidas destinadas a cumplir, al igual que todas las medidas objeto de examen en el sistema de solución de diferencias de la OMC, pueden ser acciones u *omisiones* atribuibles al Miembro demandado.

14. Una vez que, por el motivo que sea, las medidas están comprendidas en el ámbito del procedimiento sobre el cumplimiento, el Miembro reclamante no está constreñido a impugnar la compatibilidad de esas medidas con las mismas disposiciones de los acuerdos abarcados en cuestión en el procedimiento inicial y, además, el Miembro demandado no tiene libertad para *presuponer* que esas medidas son compatibles con la OMC.

15. El ámbito de un procedimiento sobre el cumplimiento incluye también un desacuerdo "en cuanto a la existencia" de una medida destinada a cumplir. Por ejemplo, el Miembro reclamante podría afirmar que no existe ninguna medida destinada a cumplir, mientras que el Miembro demandado podría afirmar que *sí existe* una medida destinada a cumplir. Este desacuerdo estaría comprendido en el ámbito del procedimiento sobre el cumplimiento y si se constatará que la medida existe, sería caracterizada forzosamente como medida destinada a cumplir.

16. Otra posibilidad es que las partes coincidan en que no existe ninguna medida destinada a cumplir, pero el Miembro reclamante afirme que la medida era necesaria (esto es, que *debería existir*), mientras que el Miembro demandado afirme que la medida era innecesaria (no tiene por qué existir), por ejemplo, porque habida cuenta de los sucesos acontecidos con el paso *del* tiempo, la incompatibilidad ha cesado. Otra forma de expresar este mismo desacuerdo es que el Miembro reclamante formule una reclamación respecto de una *omisión* del Miembro demandado, es decir, por no haberse asegurado este de que las medidas que ha adoptado o *mantiene* estén en conformidad con los acuerdos abarcados. Esta omisión y por definición la medida a la que se refiere (es decir, la medida inicial, *mantenida*), por tanto, están comprendidas también en el ámbito del procedimiento sobre el cumplimiento.

17. Los Estados Unidos basan sus argumentos relativos al ámbito del presente procedimiento sobre el cumplimiento en gran medida en las constataciones formuladas en el asunto *CE - Ropa de cama* (párrafo 5 del artículo 21 - *India*). No obstante, a este respecto, hay una serie de cuestiones que debe tomarse en consideración.

18. Primero, si la aclaración del derecho de la OMC que va a aplicar el grupo especial sobre el cumplimiento no va a ser la misma que la aclaración del derecho de la OMC que aplicó el grupo especial inicial (por ejemplo, habida cuenta de las aclaraciones aportadas en el procedimiento inicial), entonces el razonamiento seguido en el asunto *CE - Ropa de cama* (párrafo 5 del artículo 21 - *India*) no es aplicable.

19. Segundo, si las medidas o los aspectos de las medidas que son objeto de la reclamación relativa al cumplimiento no son las mismas medidas o los mismos aspectos de las medidas que fueron objeto de la reclamación inicial, entonces el razonamiento seguido en el asunto *CE - Ropa de cama* (párrafo 5 del artículo 21 - *India*) no es aplicable.

20. Tercero, dadas las circunstancias de aquel asunto, los hechos y las pruebas *ya quedaron fijados en el expediente de la investigación inicial*. Por el contrario, si la autoridad investigadora reabre el expediente y recaba más información y pruebas, de forma que *los hechos y las pruebas cambien* respecto de los que estaban en litigio en el procedimiento inicial, entonces el razonamiento seguido en el asunto *CE - Ropa de cama* (párrafo 5 del artículo 21 - *India*) no es aplicable.

21. Cuarto, el aspecto de la medida en cuestión que impugnó la India era separable de otros aspectos de la medida. De no suceder esto, el razonamiento seguido en el asunto *CE - Ropa de cama* (párrafo 5 del artículo 21 - *India*) no es aplicable.

22. Además, es significativo que, en cada uno de los asuntos posteriores que se refieren a esta cuestión (*Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos* (párrafo 5 del artículo 21 - *Argentina*); *Estados Unidos - Madera blanda VI* (párrafo 5 del artículo 21 - *Canadá*); *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*); *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)* (párrafo 5 del artículo 21 - *CE*)), la situación planteada se diferenciaba de la del asunto *CE - Ropa de cama* (párrafo 5 del artículo 21 - *India*). Es significativo que en el más reciente de estos asuntos, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE)* (párrafo 5 del artículo 21 - *CE*), al revocar las constataciones del Grupo Especial, el Órgano de Apelación mencionó una declaración formulada por el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE* (párrafo 5 del artículo 21 - *CE*) (a la que los Estados Unidos pretenden recurrir en el presente procedimiento sobre el cumplimiento) en el sentido de que "una nueva alegación relativa a un aspecto de la medida inicial que nunca fue impugnado y que no se modificó" quedaría excluida del procedimiento sobre el cumplimiento, y declaró expresamente que estaba en desacuerdo con dicha afirmación.

23. La Unión Europea considera que un grupo especial sobre el cumplimiento debe equilibrar los principios de pronta solución y debido proceso, y que ambos principios deben tener en cuenta no solo los intereses de las partes en una diferencia determinada, sino los intereses del sistema.

24. No estamos hablando solo de una demora adicional correspondiente a un plazo prudencial adicional. Si los asuntos pertinentes se remitieran a un nuevo grupo especial, se necesitaría probablemente mucho más tiempo para regresar al punto actual del procedimiento.

25. A este respecto, la Unión Europea se remite a los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos ("artículos sobre la responsabilidad del Estado"), a los que con frecuencia se ha hecho referencia en los litigios planteados en el marco de la OMC. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado (y/o los comentarios conexos) confirman tres puntos. Primero, las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito (como los hechos de los Estados Unidos que el Grupo Especial inicial constató que eran incompatibles con la OMC) incluyen la cesación y la no repetición (y no afectan a la continuidad del deber de cumplimiento). Segundo, está particularmente justificada la preocupación por la no repetición cuando la situación precedente no va a restablecerse. Tercero, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC se centra en la cesación más que en la reparación.

26. En suma, en la medida en que se interpreta que las normas de la OMC se centran en la cesación más que en la reparación, se da ya un apartamiento significativo en la arquitectura de la solución de diferencias de la OMC respecto del principio de la pronta solución, puesto que la carga correspondiente al paso del tiempo se impone al reclamante en lugar de al demandado. Así las cosas, es totalmente adecuado e incluso esencial para el debido funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC que haya un reequilibrado razonable consistente en una aprehensión efectiva por el sistema de la repetición. El momento exacto en que esto se consigue es el momento en que el ámbito del procedimiento sobre el cumplimiento es objeto de examen. En la comunicación de la Unión Europea, esta cuestión debe abordarse de forma que el grupo especial sobre el cumplimiento pueda captar razonablemente todo el alcance de lo que es, en esencia, el mantenimiento de una situación. La Unión Europea sostiene que el Grupo Especial sobre el cumplimiento debe tener en cuenta estos factores cuando examine los distintos argumentos relativos al ámbito expuestos por los Estados Unidos en este asunto concreto.

27. En conclusión: la medida sobre el atún modificada es una medida destinada a cumplir declarada. Las medidas destinadas a cumplir declaradas están comprendidas en el ámbito de un procedimiento sobre el cumplimiento. La Unión Europea considera que los diversos elementos de la medida sobre el atún modificada solo pueden examinarse de forma válida y razonable como un todo, y son inseparables unos de otros. Por consiguiente, toda la medida sobre el atún modificada está comprendida en el ámbito del presente procedimiento sobre el cumplimiento. Las reclamaciones están comprendidas en la competencia y el mandato del Grupo Especial sobre el cumplimiento. No hay norma de *res judicata* o *non liquet*. El Grupo Especial sobre el cumplimiento debe hacer una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido. No se trata de la misma situación que la que se planteó en el asunto *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)* y, por tanto, el razonamiento que se siguió en aquel asunto no es aplicable.

28. En cuanto al orden del análisis: la Unión Europea sugiere que el Grupo Especial sobre el cumplimiento empiece por el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y, a continuación, aborde el párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994. Una buena regla general para determinar el orden del análisis es empezar por la disposición más específica. Esto permite al órgano jurisdiccional ser lo más fiel posible a la intención de las partes en el tratado. El hecho de interpretar conjuntamente la norma más general y la norma más específica, o una como contexto de la otra, permite al órgano jurisdiccional de la OMC percibir con la mayor exactitud las intenciones de los redactores. Los considerandos del Acuerdo OTC confirman que este acuerdo se ha elaborado a partir del GATT de 1994 y que se basa en este.

29. En cuanto al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, y por lo que respecta a este asunto concreto, primero, la Unión Europea considera que, al evaluar si existe un efecto perjudicial en las importaciones, la comparación pertinente es entre la situación anterior a la adopción de la medida inicial y la situación actual.

30. Segundo, la Unión Europea considera que todo cambio en la reglamentación puede conllevar costos que, a corto plazo, se distribuirán inevitablemente de forma desigual entre las empresas existentes y los Miembros en función de sus decisiones de inversión anteriores. Este hecho por sí solo no significa que la medida entrañe una infracción. Lo que importa es que, a largo plazo, todas las empresas y los Miembros puedan ajustarse al nuevo régimen reglamentario y gozar de las mismas oportunidades de competencia.

31. Tercero, la Unión Europea considera que el simple hecho de que los costos unitarios relativos al cumplimiento reglamentario puedan ser superiores para las empresas o los Miembros con volúmenes de producción o cuotas de mercado inferiores no demuestra, por sí solo, una infracción. Las empresas y los Miembros realizan sus propias elecciones sobre las economías de escala. La propensión a infringir el derecho de la OMC no depende del tamaño relativo de los Miembros o sus empresas ni de sus volúmenes de producción o cuotas de mercado. El derecho de la OMC trata por igual a todos los Miembros de la OMC, considerando su tamaño relativo como un hecho dado.

32. Cuarto, la Unión Europea considera que la cuestión fundamental es si las distinciones reglamentarias legítimas son o no imparciales. Ningún hecho queda excluido *per se* de esta evaluación. Este es un aspecto del asunto que exigirá al Grupo Especial sobre el cumplimiento sopesar detenidamente todos los hechos y las pruebas. En esencia, la cuestión es si la medida sobre el atún modificada entraña una discriminación injustificada. La jurisprudencia existente confirma que una simple diferencia no significa forzosamente que exista discriminación, y aún menos una discriminación injustificada. El Grupo Especial sobre el cumplimiento, por tanto, tendrá que examinar si todo trato diferente dentro y fuera del PTO es imparcial y está justificado o no. En particular, el Grupo Especial sobre el cumplimiento tendrá que examinar si todo trato diferente se ha adaptado adecuadamente o no a los diferentes métodos de pesca, teniendo en cuenta los objetivos reglamentarios legítimos perseguidos por los Estados Unidos, y concebido de modo que realmente se corresponda con esos objetivos legítimos. El Grupo Especial sobre el cumplimiento también podría examinar si existe un enfoque alternativo, que consistiría en restringir en gran medida o incluso eliminar dichas diferencias, al tiempo que se hace una contribución equivalente a los objetivos legítimos, y que esté razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica. De no ser así, el Grupo Especial sobre el cumplimiento debe adherirse al ejercicio legítimo de la autonomía en materia de reglamentación de los Estados Unidos. De ser así, el Grupo Especial sobre el cumplimiento debe constatar que la medida sobre el atún modificada es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

33. En respuesta a una pregunta planteada por el Grupo Especial sobre la prescripción de imparcialidad, la Unión Europea ha declarado lo siguiente. Como hemos explicado en las comunicaciones presentadas al Grupo Especial inicial y al Grupo Especial sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación ha aclarado que una evaluación de un supuesto incumplimiento *de facto* de la obligación de trato nacional prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, contextualmente basada en los considerandos del Acuerdo OTC y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, no es en principio diferente del análisis que se llevaría a cabo en el marco del párrafo 4 del artículo III y del artículo XX del GATT de 1994. Esto aclara lo que significa el término "imparcial". Esto significa que el "fundamento" o el "objetivo" o la "finalidad" o la "finalidad objetiva" de la distinción reglamentaria que México ha criticado es realmente pertinente para la evaluación, como lo sería en una evaluación realizada en el marco del párrafo 4 del artículo III y del artículo XX del GATT de 1994.

34. Es posible que la distinción reglamentaria no suponga una "contribución" ni un "impedimento" para el objetivo general, sino que simplemente refleje una adaptación de las diferentes medidas a los diferentes riesgos. La simple existencia de estas diferencias no significa forzosamente que exista discriminación, ni una discriminación injustificada. Según el Acuerdo MSF, por ejemplo, las medidas deben adaptarse en función del origen y del destino de los productos pertinentes. Al estudiar esta cuestión, el Grupo Especial podría examinar si existe un enfoque alternativo, que consistiría en restringir en gran medida o incluso eliminar dichas diferencias (y cualesquiera costos asociados a estas), al tiempo que se hace una contribución equivalente a los objetivos legítimos, y que esté razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica (es decir, el costo).

35. En respuesta a otra pregunta planteada por el Grupo Especial relativa a la carga probatoria, la Unión Europea ha declarado lo siguiente. La Unión Europea está de acuerdo con que, al

interpretar y aplicar el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el caso de una alegación de incumplimiento *de facto* de la obligación de trato nacional, debe tenerse en cuenta que el equilibrio establecido en esta disposición no es diferente del equilibrio establecido en el párrafo 4 del artículo III y en el artículo XX del GATT. Es probable que esto quede reflejado cuando se examinen las pruebas. En concreto, es probable que en algunos aspectos la carga probatoria incumba al Miembro demandado, como ocurre en el marco del GATT.

36. No obstante, al mismo tiempo, la Unión Europea quisiera prevenir contra un enfoque excesivamente mecánico de esta cuestión. Si bien es cierto que, en el marco del GATT, normalmente incumbirá al reclamante la carga de demostrar la infracción y al demandado la de demostrar la defensa, no obstante, estas dos afirmaciones plasman un principio más general según el cual, por lo común, corresponde a la parte que asevera un hecho determinado aportar pruebas que apoyen dicha aseveración.

37. Además, querríamos señalar que el concepto de carga probatoria significa demostrar un hecho mediante la aportación de pruebas, lo que es distinto de la carga de persuadir, que más bien significa presentar argumentos a fin de persuadir a un órgano jurisdiccional de que un hecho determinado debe caracterizarse de una forma concreta. Respecto de la carga de persuadir, lo que tiende a suceder es que, al finalizar el intercambio de argumentos y habiéndose respetado el debido proceso, el órgano jurisdiccional sopesará los argumentos y formulará una constatación. Asimismo, nos gustaría señalar que las situaciones hipotéticas o alternativas futuras no pueden probarse directamente. Por último, querríamos recordar que un grupo especial tiene la facultad de plantear preguntas a cualquiera de las partes para recabar la información que estime necesaria y que pueda estar razonablemente en poder de dicha parte, sin, no obstante, exponer los argumentos por ninguna de las partes.

38. En resumen, si bien el hecho de que el párrafo 1 del artículo 2 (carga del reclamante) se corresponda en principio con el párrafo 4 del artículo III (carga del reclamante) y el artículo XX (carga del demandado) del GATT puede parecer plantear un dilema respecto de la carga probatoria, el alcance de las dificultades no debe exagerarse. De hecho, existen muchas otras disposiciones de los acuerdos abarcados que plantean cuestiones similares, porque a menudo no queda del todo claro cuándo existe una relación norma-excepción o cuáles son las relaciones entre las distintas disposiciones o acuerdos abarcados. La forma de proceder a este respecto no es abordar de un modo excesivamente rígido las cuestiones de la carga probatoria, sino hacer un uso inteligente de la facultad del grupo especial de plantear preguntas a las partes a fin de obtener la información pertinente.

ANEXO C-6**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL JAPÓN
EN CALIDAD DE TERCERO****I. Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC**

1. Como señalaron ambas partes, el Órgano de Apelación elaboró una prueba de dos etapas que debían aplicar los grupos especiales al evaluar las alegaciones de trato menos favorable *de facto* al amparo del párrafo 1 del artículo 2. La primera etapa consiste en un examen de si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento del grupo de productos importados frente al grupo de productos nacionales similares o a productos similares originarios de cualquier otro país. Una constatación positiva de la existencia de ese efecto perjudicial no es suficiente para demostrar un trato menos favorable en el sentido del párrafo 1 del artículo 2. En cambio, hay una segunda etapa en la que un grupo especial examina si el efecto perjudicial para las importaciones deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja discriminación contra el grupo de productos importados.¹

2. Los Estados Unidos aducen que las distinciones reglamentarias examinadas en el marco de la segunda etapa del análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 son solo las distinciones reglamentarias que causan el efecto perjudicial determinado en la primera etapa del análisis. Los Estados Unidos encuentran apoyo para esta posición en una declaración formulada por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial.²

3. El Japón está de acuerdo en que, habitualmente, la distinción reglamentaria que causa el efecto perjudicial será el principal foco de atención de la evaluación en el marco de la segunda etapa del análisis. Sin embargo, el alcance de la evaluación no es tan restringido como los Estados Unidos indican. Antes bien, un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 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".³ A juicio del Japón, esta evaluación va más allá de la distinción reglamentaria que supuestamente causa el efecto perjudicial. En consecuencia, el Japón no respalda una definición excesivamente rígida del alcance de la evaluación en el marco de la segunda etapa.

4. En definitiva, en el presente asunto, las partes parecen estar en desacuerdo en menor medida sobre la relación entre la primera etapa y la segunda, y en mayor medida sobre la distinción reglamentaria que era el elemento central del análisis efectuado en el marco del párrafo 1 del artículo 2 en el procedimiento inicial. El Japón está de acuerdo con los Estados Unidos en que la descripción más clara de lo que el Órgano de Apelación consideró que era el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún se halla en el párrafo 284 del informe del Órgano de Apelación, que dice así:

A la luz de las constataciones fácticas del Grupo Especial, hemos concluido anteriormente que el efecto perjudicial de la medida en los productos de atún mexicanos es consecuencia de que la mayoría de esos productos contiene atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, y en consecuencia no reúne las condiciones para llevar una etiqueta "*dolphin safe*", mientras que la mayoría de los productos de atún procedentes de los Estados Unidos y otros países que se venden en el mercado estadounidense contiene atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO y en consecuencia reúne las condiciones para llevar una etiqueta

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún* [en adelante, *Estados Unidos - Atún II (México)*], WT/DS381/AB/R (16 de mayo de 2012), párrafo 215 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor* [en adelante, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*], WT/DS406/AB/R (4 de abril de 2012), párrafos 180, 182 y 215).

² Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos de América (22 de julio de 2014), párrafo 66 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 286).

³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.

"dolphin safe". El aspecto de la medida que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos es, por tanto, la diferencia en las condiciones para etiquetar productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro. En consecuencia, lo que tenemos que determinar es si los Estados Unidos han demostrado que esta diferencia en las condiciones de etiquetado es una distinción reglamentaria legítima, y por ende si el efecto perjudicial de la medida se deriva exclusivamente de esa distinción y no refleja una discriminación (las cursivas figuran en el original).

5. Aun así, el Japón está en desacuerdo con los Estados Unidos en que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores que México ha hecho valer en el presente procedimiento no son pertinentes para el análisis efectuado en el marco del párrafo 1 del artículo 2. En la segunda etapa de dicho análisis, un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 deberá determinar si el efecto perjudicial se deriva de una distinción reglamentaria legítima. Para hacer esta determinación, el grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 debe "examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación" de la medida sobre el atún modificada.⁴ En la medida que México alega que los aspectos de la diferencia en las condiciones de etiquetado relativos a las prescripciones de mantenimiento de registros/verificación y de observadores causan un efecto perjudicial a los productos de atún mexicanos y demuestre que tales condiciones de etiquetado no son imparciales, serían pertinentes para el análisis del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21. En efecto, parecería que las prescripciones en materia de mantenimiento de registros/verificación y de observadores se refieren a la cuestión de si los productos de atún cumplen las condiciones para llevar la etiqueta "dolphin safe". Por consiguiente, el Japón no entiende por qué tales prescripciones deberían excluirse *ex ante* de la evaluación del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21.

II. Párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

6. En la reciente diferencia *CE - Productos derivados de las focas*, el Japón y varios otros Miembros de la OMC expresaron la opinión de que la evaluación de las alegaciones de trato menos favorable *de facto* al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 puede desarrollarse aplicando la prueba de dos etapas elaborada por el Órgano de Apelación en el contexto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Japón, por ejemplo, señaló que una interpretación coherente de ambas disposiciones está respaldada por el hecho de que tanto el párrafo 4 del artículo III del GATT como el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se refieren a la misma cuestión del "trato menos favorable". Además, los reglamentos técnicos, en principio, no están solo regulados en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC sino que también se encuentran entre los tipos de medidas reguladas por el párrafo 4 del artículo III del GATT. La norma de no discriminación prevista en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC solo se aplica con respecto a los "reglamentos técnicos".⁵ En consecuencia, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC proporcionaría un contexto pertinente para interpretar el párrafo 4 del artículo III cuando el asunto guarde relación con reglamentos técnicos. El Japón sigue creyendo que, a los efectos de la evaluación de una medida de conformidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, es pertinente la consideración de si el efecto perjudicial sobre las oportunidades de competencia para los productos importados similares se deriva de distinciones reglamentarias legítimas.

7. Un ejemplo de la incongruencia de que haya pruebas distintas en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC son las circunstancias de la presente diferencia. Como se señaló antes, la posición de los Estados Unidos en la presente diferencia es que la medida sobre el atún modificada no infringe el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque, a su juicio, México no ha demostrado que el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos no se derive de distinciones reglamentarias legítimas. Supongamos que el argumento de los Estados Unidos prosperara. En tales circunstancias, se constataría que la medida modificada no otorga un trato menos favorable y por lo tanto que no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, con arreglo a una interpretación demasiado restringida del párrafo 4 del artículo III del GATT en cuya virtud una evaluación del

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 97.

trato menos favorable se centre exclusivamente en el efecto perjudicial, podría constatarse que la misma medida otorga un trato menos favorable y por lo tanto que es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT. La idea de que el mismo reglamento técnico no otorgue un trato menos favorable con arreglo al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, pero sí otorgue un trato menos favorable a los efectos del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 es contraria a la lógica.

8. El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es la disposición más específica del acuerdo más específico. El párrafo 1 del artículo 2 solo se refiere a una clase de medidas, los reglamentos técnicos. Por el contrario, el párrafo 4 del artículo III se ocupa de una clase mucho más amplia de medidas que pueden quedar comprendidas en las categorías genéricas de "leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso en el mercado interior". Que pueda constatarse que un reglamento técnico es compatible con la obligación de no discriminación más específica y sin embargo incompatible con la obligación más general hace que el resultado sea aún más incongruente.

9. El Japón reconoce que una medida declarada incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT podría en último término quedar justificada en virtud del artículo XX del GATT de 1994. Sin embargo, la posibilidad de recurrir al artículo XX no ofrece una buena solución al problema descrito. Es un hecho reconocido que la lista de razones de política que podrían justificar una medida en el marco del artículo XX es más restringida que en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Además, la evaluación en el marco del artículo XX no es necesariamente la misma que en el marco de la segunda etapa del párrafo 1 del artículo 2. Por consiguiente, el riesgo de que se formulen constataciones contradictorias es real.

10. El resultado es menos que óptimo a otros respectos. Parecería que un Miembro de la OMC que se enfrente con un reglamento técnico que considere discriminatorio ahora tiene el incentivo de presentar una alegación al amparo del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y no al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Esto se debe a que la carga que le corresponde de conformidad con el párrafo 4 del artículo III es menor que de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Con arreglo a un párrafo 4 del artículo III demasiado restringido, el reclamante solo debe demostrar que la medida tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados similares, momento en el cual la carga se desplaza al demandado, que deberá demostrar que el reglamento técnico se justifica porque las distinciones reglamentarias son legítimas. De este análisis se desprende que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC podría volverse superfluo y dejar de tener mayor sentido. Este seguramente no sea el resultado pretendido por los Miembros de la OMC cuando negociaron el Acuerdo OTC.

11. Al igual que a los Estados Unidos⁶, al Japón le preocupa la posibilidad de que si se excluye de la evaluación en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT todo examen de la finalidad y la naturaleza de la medida en litigio se perjudique indebidamente a muchas medidas legítimas y auténticamente no discriminatorias. Por lo tanto, el Japón exhorta al Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 a adoptar una interpretación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 que sea coherente con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y que tenga debidamente en cuenta las distinciones reglamentarias legítimas en que pueda basarse un reglamento técnico.

III. Párrafo 5 del artículo 21 del ESD

12. Un procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD se refiere a los desacuerdos "en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado". Los Estados Unidos reconocen que, en el presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, México tendría derecho a:

- a) volver a hacer valer una alegación respecto de la cual el Grupo Especial inicial hubiera aplicado el principio de economía procesal⁷;

⁶ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 142.

⁷ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina* (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina) [en adelante, *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los*

- b) volver a hacer valer una alegación de que los aspectos *nuevos* de la medida modificada no solo no ponen a la medida en conformidad con las disposiciones que fueron materia de las recomendaciones y resoluciones del OSD, sino que son incompatibles con los acuerdos abarcados⁸; y
- c) formular una nueva alegación relativa a un aspecto no modificado de la medida que podría haber planteado previamente, cuando el aspecto no modificado sea una aspecto "inseparable" de la medida destinada a cumplir.⁹

No obstante, los Estados Unidos aducen que la alegación formulada por México al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC no está comprendida en el mandato del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 porque está basada en elementos de la medida que no se constató fueran incompatibles con las normas de la OMC y que no se modificaron respecto de la medida inicial.¹⁰

13. El Japón considera útil empezar el análisis de esta cuestión recordando la recomendación y resolución pertinentes del OSD derivadas de la diferencia inicial. Estas recomendaciones y resoluciones del OSD se basan, por supuesto, en las resoluciones formuladas en los informes del Órgano de Apelación y el Grupo Especial en el procedimiento inicial. En el caso del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, el Japón considera que la resolución pertinente es la constatación del Órgano de Apelación 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".¹¹ A la luz de las recomendaciones y resoluciones del OSD, los Estados Unidos estaban obligados a eliminar el trato menos favorable resultante de la medida. Hasta el punto en que la medida modificada sigue dando un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos, los Estados Unidos no habrían cumplido cabalmente las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹²

14. Los Estados Unidos afirman que las recomendaciones y resoluciones del OSD se limitan estrictamente a la constatación del Órgano de Apelación de que la medida inicial prohibía que los productos de atún llevaran la etiqueta *"dolphin safe"* si contenían atún capturado en el PTO y se había dado muerte o herido gravemente a un delfín, pero permitía que los productos de atún que contenían atún capturado fuera del PTO se etiquetaran *"dolphin safe"* incluso si se había dado muerte o herido gravemente a delfines.¹³ El Japón señala que, como parte de su razonamiento, el Órgano de Apelación explicó 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'".¹⁴ Esta es, no obstante, la razón que dio el Órgano de Apelación para respaldar su conclusión final de que "las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *'dolphin safe'* otorgan a los productos de atún mexicanos un 'trato menos favorable'

artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)], WT/DS268/AB/RW (12 de abril de 2007), párrafos 141, 150-52.

⁸ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India (párrafo 5 del artículo 21 - India)* [en adelante, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*], WT/DS141/AB/RW (8 de abril de 2003), párrafo 88.

⁹ Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 48. Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* [en adelante, *Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*], WT/DS294/AB/RW (14 de mayo de 2009), párrafo 433.

¹⁰ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos de América (27 de mayo de 2014), párrafo 202(1).

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 299.

¹² Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción (párrafo 5 del artículo 21 - Japón)* [en adelante, *Estados Unidos - Reducción a cero (Japón) (párrafo 5 del artículo 21 - Japón)*], WT/DS322/AB/RW (18 de agosto de 2009), párrafo 158.

¹³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos de América, párrafo 192 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 289-292).

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 297 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/R (15 de septiembre de 2011), párrafo 7.544).

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".¹⁵ Por lo tanto, los Estados Unidos parecen confundir la conclusión del Órgano de Apelación con las razones concretas que fundaron esa conclusión.

15. La situación en el presente asunto es similar a la situación sometida a la consideración del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*. Esa diferencia se refería a la determinación de probabilidad de dumping, que se basaba en los dos fundamentos fácticos siguientes: i) la constatación de probable dumping anterior durante el período objeto de examen; y ii) la constatación de que los volúmenes de las importaciones disminuyeron tras el establecimiento de la orden de imposición de derechos antidumping, que fue formulada en la determinación del examen por extinción inicial y estaba incorporada en la medida impugnada en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. El Grupo Especial inicial solo abordó el primer fundamento fáctico y, como resultado, concluyó que la determinación de probabilidad de dumping era incompatible con el párrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping. No examinó el segundo fundamento fáctico. En el procedimiento sobre el cumplimiento, los Estados Unidos adujeron que el segundo fundamento fáctico, es decir, el análisis del volumen de las importaciones, que se mantuvo sin modificar en la redeterminación de la probabilidad de dumping del Departamento de Comercio de los Estados Unidos ("USDOC"), no formaba parte de la "medida destinada a cumplir" y, por lo tanto, no podía ser objeto del examen del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21. El Órgano de Apelación estuvo en desacuerdo con el argumento de los Estados Unidos. El Órgano de Apelación sostuvo que la constatación de incompatibilidad con las normas de la OMC formulada por el Grupo Especial inicial se refería a la determinación de probabilidad de dumping del USDOC y que la constatación del USDOC sobre los volúmenes de las importaciones es "parte integrante de la 'medida destinada a cumplir'"¹⁶; en consecuencia, para cumplir la constatación del Grupo Especial inicial, adoptada por el OSD, los Estados Unidos tenían que poner su determinación de probabilidad de dumping en conformidad con el párrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping.¹⁷ El Órgano de Apelación añadió que el enfoque restringido propugnado por los Estados Unidos en ese asunto confundía indebidamente la conclusión del Grupo Especial inicial acerca de la determinación de la probabilidad de dumping del USDOC con la razón concreta que sirvió de base a esa conclusión.

16. Por lo tanto, el Japón exhorta al Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 a constatar que las alegaciones de México están comprendidas debidamente en su mandato.

¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 299.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 146.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 143.

ANEXO C-7**RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL DE LA REPÚBLICA DE COREA
EN LA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL***

1. La República de Corea ("Corea") agradece la oportunidad de exponer sus opiniones ante el Grupo Especial en calidad de tercero. Si bien las partes en la diferencia y los terceros en ella plantean varias cuestiones importantes, Corea desea ocuparse brevemente de las dos cuestiones sistémicas que se enuncian a continuación. En primer lugar, Corea desea hacer una observación sobre la cuestión del mandato de este Grupo Especial sobre el cumplimiento. En segundo lugar, Corea desea formular observaciones sobre la relación entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT.

EL MANDATO DE UN GRUPO ESPECIAL SOBRE EL CUMPLIMIENTO

2. Como la propia OMC proclama, su principal función es garantizar que los intercambios comerciales tengan lugar de la forma más fluida, previsible y libre posible. Para mejorar la observancia de los Acuerdos de la OMC, esta desempeña para sus Miembros una función de solución de diferencias. El objetivo del sistema de solución de diferencias de la OMC es lograr la pronta solución de una diferencia al tiempo que se respetan las debidas garantías procesales de las partes en ella.

3. Dicho esto, cuando en virtud del procedimiento de solución de diferencias se constata que una medida de un Miembro es incompatible con las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC, puede decirse que la medida obstruye el flujo comercial. Por consiguiente, en una reunión del OSD la OMC exige al Miembro en cuestión que ponga su medida en conformidad con las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC. A partir del momento en que la medida incompatible se ha corregido en el plazo prudencial, puede decirse que la corriente comercial se ha recuperado.

4. En consecuencia, Corea quisiera reiterar su entendimiento de que la situación en la que verdaderamente se pondría fin a la diferencia sería una en la que los exportadores de la parte agraviada restablecieran la competitividad de la que gozaban antes de que el Miembro en cuestión adoptara la medida incompatible con las normas de la OMC impuesta.

5. A este respecto, el mandato de un grupo especial sobre el cumplimiento no se limita a las medidas modificadas, sino que puede abarcar las medidas no modificadas si este necesita examinarlas para poner fin a la diferencia. De hecho, en el asunto *Estados Unidos - Reducción a cero* (DS294), el Órgano de Apelación aclaró que las alegaciones que no se hubiesen planteado previamente se podían hacer valer frente a una medida de aplicación en un procedimiento sobre el cumplimiento "incluso cuando esa medida destinada a cumplir incorpora elementos de la medida inicial que no han sido modificados, pero que no se pueden separar de otros aspectos de la medida destinada a cumplir".¹

6. El Órgano de Apelación, en varias diferencias en el marco del párrafo 5 del artículo 21, ha resuelto que las medidas destinadas al cumplimiento no se limitan a las medidas declaradas como tales por el Miembro que las aplica.² El Órgano de Apelación, en *México - Jarabe de maíz* (párrafo 5 del artículo 21), ha declarado específicamente que los grupos especiales sobre el cumplimiento tienen el deber de examinar cuestiones "de carácter fundamental", cuestiones que

* La República de Corea ha solicitado que su declaración oral se utilice como resumen.

¹ Véase *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*, informe del Órgano de Apelación, WT/DS294/AB/RW, 14 de mayo de 2009, párrafo 432.

² Por ejemplo, informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV* (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá); *Estados Unidos - Reducción a cero* (párrafo 5 del artículo 21 - CE).

afectan a la base de su jurisdicción, por propia iniciativa, incluso si las partes en una diferencia guardan silencio sobre esas cuestiones.³

7. No obstante, cabría destacar que no debe interpretarse que el amplio mandato de un grupo especial sobre el cumplimiento concede a la parte reclamante una segunda oportunidad de volver a litigar. Por lo tanto, al determinar el ámbito de su examen, este Grupo Especial sobre el cumplimiento debe encontrar un equilibrio entre la pronta solución de la diferencia y las preocupaciones relativas al debido proceso.

RELACIÓN ENTRE EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC Y EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994

8. La OMC no prohíbe que un Miembro persiga sus objetivos legítimos de política, por ejemplo, los relativos al derecho de los consumidores a saber, la seguridad y la protección de la vida y la salud de las personas y de los animales y la preservación de los vegetales, etc. Es más, la OMC da a los Miembros un margen de actuación adicional a través de las excepciones previstas en el artículo XX del GATT. No obstante, la OMC concede a un país Miembro un margen de actuación solo si observa los derechos y obligaciones establecidos en los Acuerdos de la OMC. Por lo tanto, la OMC establece cuidadosamente un equilibrio entre el margen de actuación de un país Miembro y el objeto y fin de los Acuerdos de la OMC.

9. Como se describe en la presente diferencia, el Acuerdo OTC permite que los Miembros persigan sus objetivos de política a través de una medida discriminatoria solo si la medida discriminatoria se deriva de una distinción reglamentaria legítima. No obstante, debido a que este concepto, el de discriminación, se recoge tanto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC como el párrafo 4 de artículo III del GATT de 1994, a menudo se ha planteado la cuestión de la relación precisa entre las dos disposiciones al interpretar y aplicar el concepto de discriminación.

10. A juzgar por el segundo considerando del Acuerdo OTC -"[d]eseando promover la realización de los objetivos del GATT de 1994"-, el Acuerdo OTC es el instrumento más específico que se ocupa de los reglamentos técnicos de los Miembros de la OMC, mientras que el GATT de 1994 abarca medidas más amplias. Además, la prueba para constatar una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC es diferente de la prueba para constatar una infracción del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Como resultado, es posible que una medida discriminatoria en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 esté justificada en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Si bien el artículo XX del GATT de 1994 efectivamente establece determinadas excepciones, se ha debatido mucho sobre la posibilidad de que su alcance sea más limitado que el del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque cada Acuerdo abarca diferentes esferas comerciales.

11. Considerando la rapidez con que cambia la técnica y el consiguiente aumento de los obstáculos no arancelarios a través de medidas OTC, Corea respetuosamente solicita a este Grupo Especial sobre el cumplimiento que imparta orientación sobre la relación entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

12. De esta forma concluye la declaración oral de Corea. Gracias.

³ Informe del Órgano de Apelación, México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21), párrafo 36, citado en *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE (párrafo 5 del artículo 21- CE)*, párrafo 7.35.

ANEXO C-8**RESUMEN INTEGRADO DE LOS ARGUMENTOS DE NUEVA ZELANDIA****I. INTRODUCCIÓN**

1. En la comunicación de Nueva Zelandia se formulan observaciones sobre lo que constituye el "cumplimiento" en el marco del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), la naturaleza de la discriminación *de facto* en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), y la interpretación de la expresión "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

II. ESD: LA MEDIDA DESTINADA A CUMPLIR DEBE APLICARSE

2. Nueva Zelandia toma nota de la alegación de México de que, en efecto, los Estados Unidos se han "concedido unilateralmente una nueva prórroga del plazo prudencial para la aplicación al no hacer cumplir la medida que han introducido con el fin de ponerse en conformidad" durante un período de espera de seis meses para realizar "actividades de educación y divulgación" en el cual la medida estuvo jurídicamente en vigor pero no pareció aplicarse plenamente.¹ A Nueva Zelandia le preocupan las importantes consecuencias sistémicas que tendría para el procedimiento de solución de diferencias considerar que se logra el cumplimiento por el solo anuncio por parte del Miembro de que hará cumplir las normas en el futuro. Esto debería desalentarse enérgicamente. La conformidad con las obligaciones en el marco de la OMC exige el cumplimiento tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico.

3. Tal como se afirma en el párrafo 1 del artículo 21 del ESD, para la eficaz solución de las diferencias es esencial el "pronto cumplimiento" de las recomendaciones y resoluciones del OSD. En el ESD se reconoce que el cumplimiento inmediato puede no ser posible en todas las circunstancias, pero se exige que los Miembros procedan al cumplimiento dentro de un plazo prudencial determinado con arreglo al párrafo 3 del artículo 21. Nueva Zelandia sostiene que cualquier período de espera debería tomarse en consideración al determinar el propio plazo prudencial. El Miembro que solicitara un período de espera podría plantear esta preocupación al procurar ponerse de acuerdo sobre un plazo prudencial con el Miembro o Miembros reclamantes o durante el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 3 c) del artículo 21.²

III. LA NATURALEZA DE LA DISCRIMINACIÓN *DE FACTO* EN EL MARCO DEL GATT Y DEL ACUERDO OTC

4. En lo fundamental, las obligaciones en materia de trato nacional y nación más favorecida establecidas en el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC se refieren a la no discriminación. El Órgano de Apelación ha aclarado que de conformidad con estas disposiciones la discriminación no se limita a la discriminación *de jure* sino que también abarca la discriminación *de facto*.³ Las partes parecen estar en desacuerdo sobre el grado en que una medida que es neutral con respecto al origen por los

¹ Primera comunicación escrita de México, 8 de abril de 2014, párrafo 99.

² Véase el laudo arbitral, *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD*, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 de junio de 1999, párrafo 47, en el que el Árbitro observó que de conformidad con la legislación coreana era necesario un período de espera de 30 días para aplicar determinadas medidas, e incluyó ese período adicional tras la promulgación de las modificaciones de la legislación como parte del plazo prudencial.

³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000, párrafo 78; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 24 de abril de 2012 (*Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*), párrafo 181; informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, adoptados el 18 de junio de 2014 (*CE - Productos derivados de las focas*), párrafo 5.101.

términos en que está formulada, de modo que cualquier Miembro pueda optar por cumplir sus condiciones, puede no obstante ser discriminatoria *de facto*.

5. En su primera comunicación escrita, México alega que la medida modificada otorga a los productos importados un trato menos favorable frente a los productos nacionales similares que es incompatible con la obligación establecida en el párrafo 4 del artículo III, ya que:

... el Grupo Especial y el Órgano de Apelación constataron que la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado *dolphin safe*, ser incluido en un producto inocuo para los delfines, mientras que la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses tiene la posibilidad de ser etiquetado.⁴

6. Por el contrario, los Estados Unidos sostienen que:

La medida modificada no presenta excepciones -los requisitos de admisibilidad se aplican a todos los productos de atún-. Además, dichos requisitos están relacionados con los métodos de pesca, que no son una condición inmutable. Cualquier Miembro puede producir productos de atún que no reúnan los requisitos un año y productos que reúnan los requisitos al año siguiente, en función de las diferentes decisiones que su flota tome cada año.⁵

7. Nueva Zelandia no hace observaciones sobre la cuestión de si hay discriminación *de facto* en el presente caso pero quisiera formular algunas observaciones generales. Nueva Zelandia hace notar que el Órgano de Apelación formuló las siguientes observaciones sobre la discriminación *de facto* en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC en el procedimiento inicial:

En su análisis, el Grupo Especial parece yuxtaponer los factores que "están relacionados con la nacionalidad del producto" a otros factores, como "las prácticas de pesca y de compra, la ubicación geográfica, la integración relativa de los diferentes segmentos de la producción y las decisiones económicas y de comercialización". Al proceder de ese modo, el Grupo Especial parece haber supuesto, incorrectamente en nuestra opinión, que las distinciones reglamentarias que se basan en "métodos de pesca" o "ubicaciones geográficas" diferentes, en lugar de basarse en el origen nacional *per se*, no pueden ser pertinentes para determinar la compatibilidad de una medida concreta con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El enfoque del Grupo Especial es difícil de conciliar con el hecho de que 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.⁶

8. Al igual que el Órgano de Apelación, Nueva Zelandia considera que puede existir una discriminación *de facto* en los casos en que una distinción reglamentaria se base en aspectos distintos del origen nacional, o en características con una relación intrínseca con el origen. Nueva Zelandia advierte contra cualquier enfoque que pueda restringir la discriminación *de facto* a casos en los que la distinción pertinente esté relacionada intrínsecamente con el origen. Reducir de esta manera el ámbito de la discriminación *de facto* en el marco del GATT y el Acuerdo OTC limitaría significativamente la efectividad de una de las obligaciones fundamentales establecidas en las normas de la OMC. El hecho de que un Miembro pueda teóricamente cumplir las condiciones o pueda teóricamente tener acceso a una ventaja no es una respuesta automática o completa a una alegación de discriminación. Una evaluación de la no discriminación debería seguir centrándose en si la medida impugnada modifica las condiciones de competencia del mercado pertinente en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC⁷ y en si

⁴ Primera comunicación escrita de México, párrafo 329 (no se reproduce la nota de pie de página).

⁵ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 312.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 13 de junio de 2012 (*Estados Unidos - Atún II (México)*), párrafo 225.

⁷ Véanse, por ejemplo, los informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.116, y *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 237.

la ventaja se ha otorgado inmediata e incondicionalmente a productos similares originarios del territorio de otros Miembros o a ellos destinados de conformidad con el párrafo 1 del artículo I.⁸

IV. "TRATO NO MENOS FAVORABLE"

A. Párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

9. El Órgano de Apelación ha aclarado que una evaluación del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC exige que los grupos especiales evalúen si el reglamento técnico modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados frente a los productos nacionales similares o los productos importados similares procedentes de otro país. No obstante, una constatación de efecto perjudicial en las oportunidades de competencia no es determinante con respecto a la existencia de "trato menos favorable" a tenor del párrafo 1 del artículo 2.⁹ El Órgano de Apelación ha aclarado que una distinción reglamentaria que no esté diseñada de manera imparcial no puede ser legítima.¹⁰ Al determinar si una distinción reglamentaria es imparcial, los grupos especiales deben considerar "el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio".¹¹ Nueva Zelanda sostiene que el examen de estos aspectos debería centrarse en la justificación o el objetivo que persigue la distinción reglamentaria y evaluar esto frente al objetivo de la medida en su conjunto.

10. En la presente diferencia, la evaluación de la imparcialidad implicaría examinar la justificación de los Estados Unidos para distinguir entre los productos de atún capturados mediante lances sobre delfines en el Océano Pacífico Tropical Oriental y el atún capturado mediante otros métodos en otras regiones oceánicas. Nueva Zelanda sostiene que el Grupo Especial debería examinar si esa justificación es compatible con el objetivo general de la medida modificada relativa a la inocuidad para los delfines. Por ejemplo, ¿contribuye la distinción al logro del objetivo de la inocuidad para los delfines o lo dificulta? ¿Se adaptan las condiciones que deben reunirse para llevar la etiqueta a los diferentes niveles de riesgo para la inocuidad para los delfines derivados de los diferentes métodos de pesca? En otras palabras, ¿es la justificación de la distinción compatible con el objetivo general de la medida?

B. Párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994

11. Parece existir cierto desacuerdo entre las partes sobre si la finalidad de la medida es pertinente para evaluar si otorga un "trato [no] menos favorable" a los productos importados frente a los productos nacionales. Los Estados Unidos indican que la finalidad y la naturaleza de la medida deberían evaluarse como parte del análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III. Sostienen que hacer lo contrario "condenaría muchas medidas legítimas y auténticamente no discriminatorias"¹² a la incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT.

12. La exclusión de la naturaleza y la finalidad de la medida de un análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III no debería considerarse aisladamente sino en el contexto de las prescripciones de esa disposición en su conjunto. El análisis del "trato [no] menos favorable" contiene varios elementos: para que haya una infracción, la medida en cuestión debe "modificar las condiciones de competencia" en detrimento de productos importados¹³; y debe existir una

⁸ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.86.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182, seguido en los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215, y los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*, WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptados el 23 de julio de 2012 (*Estados Unidos - EPO*), párrafo 271.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182, seguido en los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182, seguido en los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

¹² Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 142.

¹³ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.101 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 179; informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas*, WT/DS371/AB/R, adoptado el 15 de julio de 2011 (*Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*), párrafo 128; e informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne*

"relación auténtica" entre cualquier efecto perjudicial y la medida en cuestión.¹⁴ El párrafo 4 del artículo III no impide que los Miembros regulen en interés público, incluso dando un trato diferente a los productos importados y los nacionales. Sin embargo, impone disciplinas a *la manera* en que los Miembros regulan a efectos de proteger la igualdad de las condiciones de competencia para los productos nacionales e importados. Los Miembros pueden regular que se dé un trato diferente a los productos nacionales e importados mientras esta diferencia no redunde en detrimento de las condiciones de competencia de los productos importados. Además, solo habrá una infracción del párrafo 4 del artículo III si este efecto perjudicial es atribuible a la propia medida porque hay una "relación auténtica" entre la medida y el efecto perjudicial. Las excepciones estipuladas en el artículo XX del GATT ofrecen a los Miembros más libertad para regular en pro de los objetivos de política pública mencionados en los párrafos de ese artículo.

13. Por lo tanto, Nueva Zelanda no considera que excluir la naturaleza y la finalidad de la medida de un examen del "trato [no] menos favorable" en el marco del párrafo 4 del artículo III restringiría el derecho de un Miembro de regular en pro de objetivos legítimos, como indican los Estados Unidos.

14. Nueva Zelanda también señala que varios terceros han formulado observaciones sobre las pruebas diferentes en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 4 del artículo III del GATT¹⁵ y el riesgo de que se formulen constataciones contradictorias en el marco de esas dos disposiciones si la naturaleza y la finalidad de la medida se excluyen del análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III.¹⁶ Esto podría producirse debido a que el artículo XX del GATT contiene una lista cerrada de objetivos, mientras que cualquier objetivo perseguido por una distinción reglamentaria puede ser pertinente en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Por lo tanto, teóricamente, una distinción reglamentaria que persigue un objetivo no enumerado en el artículo XX podría ser compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC pero incompatible con el párrafo 4 del artículo III.

15. Las posibilidades de que se produzca un resultado incoherente son mayores en los casos en que el objetivo de la distinción reglamentaria no está comprendido en las excepciones enumeradas en el artículo XX. Esta no es la situación en la presente diferencia, en la que los Estados Unidos han invocado las excepciones que figuran en los apartados b) y g) del artículo XX. En todo caso, la opinión de Nueva Zelanda es que es improbable que la posible incoherencia entre el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 4 del artículo III se resuelva como una cuestión de estricta interpretación jurídica. Nos remitimos a la declaración del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Productos derivados de las focas* de que "[s]i se percibe que hay un desequilibrio en los derechos y obligaciones vigentes en el marco del Acuerdo OTC y el GATT de 1994, compete a los Miembros de la OMC abordar ese desequilibrio".¹⁷

vacuna fresca, refrigerada y congelada, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001, párrafo 137).

¹⁴ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.101 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 270, que a su vez cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, nota 457 al párrafo 214, que a su vez hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 134).

¹⁵ Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafos 43-46; comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafos 10-15; y comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero, párrafos 9 y 10.

¹⁶ Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero, párrafos 11-13.

¹⁷ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.129.

ANEXO C-9**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DE NORUEGA EN CALIDAD DE TERCERO*****I. INTRODUCCIÓN**

1. Noruega acoge con satisfacción la oportunidad de exponer sus opiniones en calidad de tercero en el presente procedimiento iniciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD).

2. Noruega no abordará todas las cuestiones en las que hay discrepancia entre las partes en la diferencia, sino que en la presente comunicación escrita se limitará a examinar determinados aspectos relativos a la interpretación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

II. PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III DEL GATT DE 1994**A. Introducción**

3. El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 establece en su parte pertinente que:

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 estos productos en el mercado interior.

4. México y los Estados Unidos están en desacuerdo acerca de si la medida sobre el atún modificada¹ da a los productos de atún mexicanos "un trato [no] menos favorable que el concedido" a los productos de atún similares procedentes de los Estados Unidos. Con respecto al criterio jurídico, el punto central de desacuerdo parece ser la cuestión de si las razones -el fundamento- en que se basa el Miembro para regular deben formar parte del examen al evaluar el "trato menos favorable" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994², o si basta con demostrar que la medida "tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos [...] importados [...] frente a los productos [...] nacionales".³ Por consiguiente, las partes parecen estar en desacuerdo sobre si hay o no necesidad de evaluar si el efecto perjudicial "refleja una discriminación contra los productos importados similares, incluido un "análisis adicional" de si el perjuicio está relacionado con el origen extranjero del producto".⁴

5. Si bien Noruega no adopta ninguna posición sobre los hechos de la diferencia, expone a continuación sus opiniones sobre la interpretación jurídica de lo que constituye un "trato menos favorable" de conformidad con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

B. Trato menos favorable

6. Hay varios informes anteriores de grupos especiales y del Órgano de Apelación en los que se ha interpretado la expresión "trato [no] menos favorable" que figura en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. En el asunto *UE - Focas*, el Órgano de Apelación sostuvo que "las siguientes afirmaciones están firmemente establecidas" como resultado de esos informes anteriores:

* Noruega solicitó que su comunicación en calidad de tercero se utilice como resumen.

¹ La medida se describe en las comunicaciones de las partes; véanse, entre otras, la primera declaración escrita de México, parte II, y la primera comunicación escrita de los Estados Unidos, parte II.A.

² Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 304.

³ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 219.

⁴ Segunda comunicación escrita de México, párrafo 219.

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.⁵

7. El párrafo 4 del artículo III se aplica tanto a la discriminación *de jure* como a la *de facto*.⁶ Al examinar alegaciones de discriminación *de facto*, un grupo especial "debe tener en cuenta 'la totalidad de los hechos y circunstancias que tiene ante sí', y evaluar las 'consecuencias' para las condiciones de competencia 'que se desprenden del diseño, la estructura y el funcionamiento previsto de la medida'".⁷ La evaluación debe fundamentarse en un análisis cuidadoso de la medida impugnada y de sus repercusiones en el mercado.⁸

8. El Órgano de Apelación ha sostenido que pueden establecerse distinciones entre los productos importados y los productos nacionales similares sin dar necesariamente un trato menos favorable a los productos importados. No obstante, hay un punto en el que el trato diferente de los productos importados y los productos nacionales similares constituye un "trato [no] menos favorable" en el sentido del párrafo 4 del artículo III.⁹ Según el Órgano de Apelación, esto sucede cuando las diferencias reglamentarias distorsionan las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados. Si eso ocurre, "el trato diferente será un trato menos favorable en el sentido del párrafo 4 del artículo III".¹⁰ No es necesario efectuar una indagación adicional del fundamento o la justificación de las diferencias reglamentarias para constatar una infracción en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

9. Cabe señalar que el criterio jurídico para evaluar "el trato [no] menos favorable" en el sentido del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 difiere de la interpretación jurídica de la expresión idéntica que figura en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)*. En el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, hay una segunda etapa en el análisis jurídico, además del examen de si la medida controvertida modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados. La etapa adicional implica efectuar una indagación sobre si el efecto perjudicial (si se constata) puede explicarse por derivar exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Como se explicó antes, y como declaró el Órgano de Apelación en *UE - Focas*, esta segunda etapa no se exige en virtud del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994:

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *UE - Focas*, párrafo 5.101 (no se reproducen las notas de pie de página).

⁶ Véase por ejemplo el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 8.159.

⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 269 (no se reproducen las notas de pie de página).

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 215.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, *UE - Focas*, párrafo 5.109.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 128.

No consideramos [...] que a los efectos de un análisis en el marco del párrafo 4 del artículo III los grupos especiales estén obligados 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.¹¹

10. La diferencia entre los criterios jurídicos en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT y el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* se debe a las "diferencias contextuales inmediatas" entre el *Acuerdo OTC* y el GATT de 1994.¹² En el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, cualquier justificación de la distinción reglamentaria que dé origen al efecto perjudicial puede considerarse de conformidad con las excepciones establecidas en ese Acuerdo, en particular en el artículo XX. El *Acuerdo OTC* no contiene una cláusula de excepciones generales similar a la del GATT de 1994. Por el contrario, el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC* indica que un Miembro tiene derecho a adoptar medidas necesarias para alcanzar ciertos objetivos de política legítimos, siempre que no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado o una restricción encubierta del comercio internacional, y en lo demás sean conformes a las disposiciones del Acuerdo.¹³ En este contexto, el Órgano de Apelación ha manifestado que si una distinción reglamentaria tiene un efecto perjudicial en las importaciones, los grupos especiales pueden evaluar su legitimidad en el marco del propio párrafo 1 del artículo 2.¹⁴

III. CONCLUSIÓN

11. Noruega solicita respetuosamente al Grupo Especial que tenga en cuenta las consideraciones expuestas *supra*.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, *UE - Focas*, párrafo 5.117.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *UE - Focas*, párrafo 5.125.

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 109.

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 109.

ANEXO C-10**RESUMEN DE LA DECLARACIÓN ORAL DE NORUEGA
EN LA REUNIÓN DEL GRUPO ESPECIAL*****I. INTRODUCCIÓN**

1. Noruega agradece esta oportunidad de exponer sus opiniones sobre las cuestiones planteadas en las presentes actuaciones del Grupo Especial.

2. En su declaración escrita, Noruega abordaba ciertos aspectos de la interpretación del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. No repetiremos estos argumentos aquí. Más bien, quisiéramos señalar a la atención del Grupo Especial dos cuestiones pertinentes para la interpretación del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* (Acuerdo OTC).

3. El criterio jurídico para demostrar que existe una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC supone constatar un trato menos favorable, lo que a su vez supone efectuar un análisis en dos etapas. En primer lugar, el reclamante debe demostrar que el reglamento técnico 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 u otros productos extranjeros.¹ En segundo lugar, debe demostrarse que el efecto perjudicial en los productos importados no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.² Las dos cuestiones sobre las que hoy formularemos observaciones se refieren a la segunda etapa.

II. EL ALCANCE DEL ANÁLISIS

4. La primera cuestión que abordaremos es la del alcance del análisis del Grupo Especial al determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. A juicio de los Estados Unidos, el alcance debería limitarse a aquellos aspectos de la medida que forman la distinción reglamentaria.³ Noruega está de acuerdo con el Canadá en que el enfoque propuesto por los Estados Unidos no se ajusta al criterio enunciado en la jurisprudencia.⁴

5. En anteriores asuntos sobre OTC, el Órgano de Apelación ha concluido 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 este es imparcial".⁵

6. En otras palabras, si bien, como es lógico, el examen se centrará en la distinción reglamentaria causante del efecto perjudicial, el Grupo Especial debe hacer un examen más amplio al efectuar su análisis. En efecto, de acuerdo con el criterio enunciado por el Órgano de Apelación, más que realizar una indagación limitada a las partes de la medida que constituyan la distinción reglamentaria, el Grupo Especial debe efectuar una evaluación completa, caso por caso, de los diferentes elementos del reglamento técnico. Al determinar si el efecto perjudicial refleja discriminación e infringe el párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial debe examinar detenidamente la arquitectura general del reglamento técnico tal como está diseñado y es aplicado y la imparcialidad de la medida en su conjunto.

* Noruega ha solicitado que su declaración oral se utilice como resumen.

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180.

² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafos 181 y 182.

³ Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 191 y 222.

⁴ Comunicación presentada por el Canadá en calidad de tercero, párrafo 10.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.

III. EL CRITERIO PARA DETERMINAR SI EL EFECTO PERJUDICIAL SE DERIVA O NO EXCLUSIVAMENTE DE UNA DISTINCIÓN REGLAMENTARIA LEGÍTIMA

7. La segunda cuestión sobre la que deseamos formular algunas observaciones se refiere al *criterio* que debería aplicarse al determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En los denominados asuntos de la trilogía OTC, el Órgano de Apelación ha indicado claramente que al formular esta determinación lo que es pertinente indagar es si la distinción reglamentaria está diseñada y se aplica de manera imparcial, o si adolece de falta de imparcialidad -por ejemplo, por estar diseñada o aplicarse en una forma que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificada-.⁶

8. En su primera comunicación escrita, México reconoce lo anterior, pero además sostiene que el Grupo Especial encargado del asunto *UE - Focas* ha hecho la exposición detallada más reciente sobre el criterio que debe aplicarse al analizar la legitimidad de la distinción reglamentaria.⁷ Ese criterio incluía tres etapas: la "etapa 1", en la que se aborda la conexión racional entre la distinción y el objetivo de la medida; la "etapa 2", en la que se examina si una distinción que está de otro modo racionalmente desconectada puede justificarse mediante algún otro "fundamento"; y la "etapa 3", en la que se aborda si la distinción se aplica de manera imparcial.⁸

9. A juicio de Noruega, las tres etapas determinadas por el Grupo Especial que entendió en el asunto *UE - Focas* no reflejan debidamente el marco analítico elaborado en los anteriores asuntos sobre OTC. En particular, el criterio utilizado por el Grupo Especial que entendió en el asunto *UE - Focas* parece estar reñido con la jurisprudencia anterior al establecer indagaciones independientes (etapas 1 y 2) sobre el objetivo de política de la medida u otras justificaciones de la distinción reglamentaria. En los asuntos anteriores, el examen de la cuestión de si existe una conexión racional entre el objetivo de política y la distinción reglamentaria o, a falta de esa conexión racional, si hay otras razones convincentes que expliquen la distinción reglamentaria, ha formado parte integrante del análisis de la imparcialidad. En efecto, esta consideración desempeñó una función importante en el análisis de la imparcialidad tanto en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* como en el asunto *Estados Unidos - EPO*.

10. El marco analítico en que se basó el Órgano de Apelación a este respecto no es el mismo que el análisis utilizado en el contexto del artículo XX del GATT de 1994. La necesidad de efectuar análisis independientes en el marco de estas dos disposiciones fue recientemente confirmada por el Órgano de Apelación en *UE - Focas*.⁹ Al mismo tiempo, sin embargo, el Órgano de Apelación ha recalcado que hay "importantes paralelismos entre los análisis" que deben aplicarse en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.¹⁰ Habida cuenta de ello, el análisis de la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 puede estar informado por la jurisprudencia que interpreta la expresión "medio de discriminación arbitrario o injustificable" de la parte introductoria del artículo XX. Esto respalda nuestra opinión de que la evaluación de los objetivos de política identificados u otras justificaciones de la distinción debe llevarse a cabo *como parte* del análisis de la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

11. Sr. Presidente, distinguidos miembros del Grupo Especial, con esto concluye la declaración oral de Noruega.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182, e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

⁷ Véase la primera comunicación escrita de México, párrafo 240. En *UE - Focas*, el Órgano de Apelación constató que la medida en ese asunto no era un reglamento técnico y declaró "superfluas y carentes de efectos jurídicos" las constataciones y conclusiones del Grupo Especial con respecto al Acuerdo OTC, incluido este criterio concreto.

⁸ Informes del Grupo Especial, *UE - Focas*, párrafos 7.259 y 7.328.

⁹ Informes del Órgano de Apelación, *UE - Focas*, párrafo 5.313.

¹⁰ Informes del Órgano de Apelación, *UE - Focas*, párrafo 5.310.