ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS381/RW/USA/Add.1
WT/DS381/RW/2/Add.1

26 de octubre de 2017

(17-5777)

Original: inglés

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

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

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

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

INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES

Addendum

El presente *addendum* contiene los anexos A a C de los informes de los Grupos Especiales, que figuran en los documentos WT/DS381/RW/USA y WT/DS381/RW/2/.

_____

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A

PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO DE LOS GRUPOS ESPECIALES

Índice		Página
Anexo A-1	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial *(párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*	A-2
Anexo A-2	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial (*párrafo 5 del artículo 21 - México II)*	A-7
Anexo A-3	Procedimiento de los Grupos Especiales relativo a la información comercial confidencial	A-12
Anexo A-4	Procedimiento de trabajo adicional de los Grupos Especiales relativo a la celebración de reuniones parcialmente abiertas	A-13

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de los argumentos de los Estados Unidos	B-2
Anexo B-2	Resumen de los argumentos de México	B-15

ANEXO C

ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de los argumentos de Australia	C-2
Anexo C-2	Resumen de los argumentos del Brasil	C-6
Anexo C-3	Resumen de los argumentos del Canadá	C-10
Anexo C-4	Resumen de los argumentos del Ecuador	C-14
Anexo C-5	Resumen de los argumentos de la Unión Europea	C-15
Anexo C-6	Resumen de los argumentos del Japón	C-19
Anexo C-7	Resumen de los argumentos de Nueva Zelandia	C-23
Anexo C-8	Resumen de los argumentos de Noruega	C-25

ANEXO A

PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO DE LOS GRUPOS ESPECIALES

Índice		Página
Anexo A-1	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial *(párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*	A-2
Anexo A-2	Procedimiento de trabajo del Grupo Especial (*párrafo 5 del artículo 21 - México II)*	A-7
Anexo A-3	Procedimiento de los Grupos Especiales relativo a la información comercial confidencial	A-12
Anexo A-4	Procedimiento de trabajo adicional de los Grupos Especiales relativo a la celebración de reuniones parcialmente abiertas	A-13

ANEXO A-1

ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS RELATIVAS A LA IMPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DE ATÚN Y PRODUCTOS DE ATÚN (WT/DS381)

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

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

Adoptado el 4 de julio de 2016

Modificado el 3 de agosto de 2016

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 las partes en la diferencia (en adelante, "partes") 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. La información comercial confidencial (ICC), definida en el Procedimiento adicional del Grupo Especial relativo a la información comercial confidencial, se presentará y tratará con arreglo a dicho procedimiento adicional. 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. El Grupo Especial puede autorizar, a petición de una parte o un tercero, que, por medio de un visionado en diferido, dicha parte o tercero levante la confidencialidad de las declaraciones que formule en la reunión del Grupo Especial con las partes, o en la sesión especial destinada a los terceros. El levantamiento de la confidencialidad se autorizará solo cuando no menoscabe los derechos de la otra parte o de otros terceros, o la integridad y celeridad del procedimiento de solución de diferencias, ni los afecte de otro modo. Además, el levantamiento de la confidencialidad tendrá lugar con arreglo a un procedimiento de trabajo adicional que el Grupo Especial adoptará tras consultar con las partes. La solicitud de que el Grupo Especial adopte un procedimiento de trabajo adicional para facilitar dicho levantamiento de la confidencialidad se formulará al menos seis semanas antes de la reunión en la que se vayan a formular las declaraciones de que se trate.

4. Cada parte y cada tercero tiene derecho a determinar la composición de su respectiva delegación en las reuniones con el Grupo Especial. Cada parte y cada tercero será responsable de todos los miembros de su delegación y se asegurará 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, así como sus argumentos en contrario, respectivamente, con arreglo al calendario adoptado por el Grupo Especial.

6. Las partes presentarán cualquier solicitud de resolución preliminar en la primera oportunidad que tengan para hacerlo y, en cualquier caso, a más tardar en su primera comunicación escrita al Grupo Especial. Si los Estados Unidos solicitan tal resolución, México responderá a la solicitud en su primera comunicación escrita. Si la solicita México, los Estados Unidos presentarán 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 si existe 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 si existe justificación suficiente. Cuando se admitan tales excepciones, el Grupo Especial concederá a la otra parte un plazo para que formule observaciones, cuando proceda, sobre cualquier nueva prueba fáctica presentada después de la reunión sustantiva.

8. Cuando el idioma original de las pruebas documentales no sea un idioma de trabajo de la OMC, la parte o el tercero que las aporte presentará al mismo tiempo una traducción al idioma de trabajo de la OMC en que se redacte la comunicación. El Grupo Especial podrá conceder prórrogas prudenciales para la traducción de tales pruebas documentales si existe justificación suficiente. Cualquier objeción en cuanto a la exactitud de una traducción deberá plantearse sin demora por escrito, de preferencia no más tarde de la presentación o reunión (lo que ocurra antes) siguiente a la presentación de la comunicación que contenga la traducción de que se trate. Las objeciones irán acompañadas de una explicación detallada de los motivos de la objeción y de una traducción alternativa.

9. A fin de facilitar la labor del Grupo Especial, se invita a las partes y los terceros a que redacten sus comunicaciones, en la medida en que resulte práctico hacerlo, de conformidad con la Guía Editorial de la OMC para las comunicaciones presentadas a grupos especiales, que se adjunta como anexo 1.

10. 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 de la diferencia. Por ejemplo, las pruebas documentales presentadas por los Estados Unidos podrían numerarse US-1, US-2, etc. Si la última prueba documental presentada en relación con la primera comunicación fue numerada US-5, la primera prueba documental de la siguiente comunicación se numeraría US-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 o en el anterior procedimiento sobre el cumplimiento, dicha parte o tercero identificará también, entre paréntesis, el número de la prueba documental inicial, junto con el procedimiento anterior en el que fue presentada.

11. Toda prueba documental presentada por una parte o un tercero en la diferencia *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México II)* formará parte automáticamente del expediente del presente procedimiento. Cuando una parte o un tercero desee hacer referencia a una prueba documental presentada en *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México II)*, añadirá la pertinente indicación entre paréntesis tras hacer referencia a la prueba documental, para aclararlo (por ejemplo, Prueba documental US-2 (*Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México II)*)).

Preguntas

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

Reunión sustantiva

13. 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 17 h del día hábil anterior.

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

a. El Grupo Especial invitará a los Estados Unidos a formular una declaración inicial a fin de que presenten sus argumentos en primer lugar. A continuación, el Grupo Especial invitará a México a que exponga su opinión. 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 inicial y de su declaración final, si la hubiere, de preferencia al final de la reunión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 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 la otra parte 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 escritas de la otra parte en el plazo que determine el Grupo Especial.

c. A continuación, 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 los Estados Unidos formularán en primer lugar.

Terceros

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

16. 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 17 h del día hábil anterior.

17. 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 17 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

18. 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.

19. Cada parte facilitará un resumen de los hechos y argumentos que haya presentado al Grupo Especial en sus comunicaciones escritas y declaraciones orales, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Ese resumen podrá incluir también un resumen de las respuestas a las preguntas. Cada uno de esos resúmenes no excederá de 15 páginas. El Grupo Especial no resumirá las respuestas de las partes a las preguntas en la parte expositiva de su informe, ni las adjuntará en un anexo de este.

20. Cada tercero presentará un resumen de los argumentos formulados en su comunicación escrita y en su declaración, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Ese resumen podrá incluir también, si procede, un resumen de las respuestas a las preguntas. El resumen que facilite cada tercero no excederá de 6 páginas.

Reexamen intermedio

21. Una vez emitido el informe provisional, cada parte podrá presentar una petición escrita 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 el Grupo Especial. El derecho a solicitar dicha reunión se ejercerá a más tardar en el momento en que se presente la petición escrita de reexamen.

22. En caso de que no se solicite una nueva reunión con el Grupo Especial, cada parte podrá presentar observaciones escritas 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.

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

Notificación de documentos

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

a. Cada parte y cada tercero presentará todos los documentos al Grupo Especial entregándolos al Registro de Solución de Diferencias (despacho N° 2047).

b. Cada parte y cada tercero facilitará cuatro (4) copias impresas de todos los documentos que presente al Grupo Especial. Las pruebas documentales podrán presentarse en cuatro (4) copias en CD-ROM o DVD y dos (2) copias impresas. El encargado del 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 facilitará también una copia electrónica de todos los documentos que presente 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 DSRegistry@wto.org, con copia a ****.****@wto.org@wto.org, ****.****@wto.org, ****.****@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 y cada tercero presentará sus documentos al Registro de Solución de Diferencias y proporcionará copias a la otra parte (y a los terceros cuando proceda) a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) de las fechas límite fijadas por el Grupo Especial. Una parte o tercero podrá presentar sus documentos a otra parte u otro tercero solo en formato electrónico, siempre que tenga la aprobación escrita de la parte o el tercero destinatario y que lo notifique al secretario del Grupo Especial.

e. 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

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

ANEXO A-2

ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS RELATIVAS A LA IMPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DE ATÚN Y PRODUCTOS DE ATÚN (WT/DS381)

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

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO DEL GRUPO ESPECIAL

Adoptado el 3 de agosto de 2016

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 las partes en la diferencia (en adelante, "partes") 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. La información comercial confidencial (ICC), definida en el Procedimiento adicional del Grupo Especial relativo a la información comercial confidencial, se presentará y tratará con arreglo a dicho procedimiento adicional. 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. El Grupo Especial puede autorizar, a petición de una parte o un tercero, que, por medio de un visionado en diferido, dicha parte o tercero levante la confidencialidad de las declaraciones que formule en la reunión del Grupo Especial con las partes, o en la sesión especial destinada a los terceros. El levantamiento de la confidencialidad se autorizará solo cuando no menoscabe los derechos de la otra parte o de otros terceros, o la integridad y celeridad del procedimiento de solución de diferencias, ni los afecte de otro modo. Además, el levantamiento de la confidencialidad tendrá lugar con arreglo a un procedimiento de trabajo adicional que el Grupo Especial adoptará tras consultar con las partes. La solicitud de que el Grupo Especial adopte un procedimiento de trabajo adicional para facilitar dicho levantamiento de la confidencialidad se formulará al menos seis semanas antes de la reunión en la que se vayan a formular las declaraciones de que se trate.

4. Cada parte y cada tercero tiene derecho a determinar la composición de su respectiva delegación en las reuniones con el Grupo Especial. Cada parte y cada tercero será responsable de todos los miembros de su delegación y se asegurará 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, así como sus argumentos en contrario, respectivamente, con arreglo al calendario adoptado por el Grupo Especial.

6. Las partes presentarán cualquier solicitud de resolución preliminar en la primera oportunidad que tengan 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 si existe 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 si existe justificación suficiente. Cuando se admitan tales excepciones, el Grupo Especial concederá a la otra parte un plazo para que formule observaciones, cuando proceda, sobre cualquier nueva prueba fáctica presentada después de la reunión sustantiva.

8. Cuando el idioma original de las pruebas documentales no sea un idioma de trabajo de la OMC, la parte o el tercero que las aporte presentará al mismo tiempo una traducción al idioma de trabajo de la OMC en que se redacte la comunicación. El Grupo Especial podrá conceder prórrogas prudenciales para la traducción de tales pruebas documentales si existe justificación suficiente. Cualquier objeción en cuanto a la exactitud de una traducción deberá plantearse sin demora por escrito, de preferencia no más tarde de la presentación o reunión (lo que ocurra antes) siguiente a la presentación de la comunicación que contenga la traducción de que se trate. Las objeciones irán acompañadas de una explicación detallada de los motivos de la objeción y de una traducción alternativa.

9. A fin de facilitar la labor del Grupo Especial, se invita a las partes y los terceros a que redacten sus comunicaciones, en la medida en que resulte práctico hacerlo, de conformidad con la Guía Editorial de la OMC para las comunicaciones presentadas a grupos especiales, que se adjunta como anexo 1.

10. 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 de la diferencia. Por ejemplo, las pruebas documentales presentadas por los Estados Unidos podrían numerarse US-1, US-2, etc. Si la última prueba documental presentada en relación con la primera comunicación fue numerada US-5, la primera prueba documental de la siguiente comunicación se numeraría US-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 o en el anterior procedimiento sobre el cumplimiento, dicha parte o tercero identificará también, entre paréntesis, el número de la prueba documental inicial, junto con el procedimiento anterior en el que fue presentada.

11. Toda prueba documental presentada por una parte o un tercero (excepto la India) en la diferencia *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)* formará parte automáticamente del expediente del presente procedimiento. Cuando una parte o un tercero desee hacer referencia a una prueba documental presentada en la diferencia *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, añadirá la pertinente indicación entre paréntesis tras hacer referencia a la prueba documental, para aclararlo (por ejemplo, Prueba documental US-2 (*Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*)).

Preguntas

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

Reunión sustantiva

13. 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 17 h del día hábil anterior.

14. 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 argumentos en primer lugar. A continuación, el Grupo Especial invitará a los Estados Unidos a que expongan su opinión. 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 inicial y de su declaración final, si la hubiere, de preferencia al final de la reunión y, en cualquier caso, no más tarde de las 17 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 la otra parte 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 escritas de la otra parte en el plazo que determine el Grupo Especial.

c. A continuación, 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

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

16. 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 17 h del día hábil anterior.

17. 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 17 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

18. 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.

19. Cada parte facilitará un resumen de los hechos y argumentos que haya presentado al Grupo Especial en sus comunicaciones escritas y declaraciones orales, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Ese resumen podrá incluir también un resumen de las respuestas a las preguntas. Cada uno de esos resúmenes no excederá de 15 páginas. El Grupo Especial no resumirá las respuestas de las partes a las preguntas en la parte expositiva de su informe, ni las adjuntará en un anexo de este.

20. Cada tercero presentará un resumen de los argumentos formulados en su comunicación escrita y en su declaración, de conformidad con el calendario adoptado por el Grupo Especial. Ese resumen podrá incluir también, si procede, un resumen de las respuestas a las preguntas. El resumen que facilite cada tercero no excederá de 6 páginas.

Reexamen intermedio

21. Una vez emitido el informe provisional, cada parte podrá presentar una petición escrita 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 el Grupo Especial. El derecho a solicitar dicha reunión se ejercerá a más tardar en el momento en que se presente la petición escrita de reexamen.

22. En caso de que no se solicite una nueva reunión con el Grupo Especial, cada parte podrá presentar observaciones escritas 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.

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

Notificación de documentos

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

a. Cada parte y cada tercero presentará todos los documentos al Grupo Especial entregándolos al Registro de Solución de Diferencias (despacho N° 2047).

b. Cada parte y cada tercero facilitará cuatro (4) copias impresas de todos los documentos que presente al Grupo Especial. Las pruebas documentales podrán presentarse en cuatro (4) copias en CD-ROM o DVD y dos (2) copias impresas. El encargado del 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 facilitará también una copia electrónica de todos los documentos que presente 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 DSRegistry@wto.org, con copia a ****.****@wto.org@wto.org, ****.****@wto.org, ****.****@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 y cada tercero presentará sus documentos al Registro de Solución de Diferencias y proporcionará copias a la otra parte (y a los terceros cuando proceda) a más tardar a las 17 h (hora de Ginebra) de las fechas límite fijadas por el Grupo Especial. Una parte o tercero podrá presentar sus documentos a otra parte u otro tercero solo en formato electrónico, siempre que tenga la aprobación escrita de la parte o el tercero destinatario y que lo notifique al secretario del Grupo Especial.

e. 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

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

ANEXO A-3

PROCEDIMIENTO DE LOS GRUPOS ESPECIALES RELATIVO A LA INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL[1]

Adoptado el 4 de julio de 2016

1. El presente procedimiento se aplica a toda la información comercial confidencial (ICC) que las partes presenten al Grupo Especial.

2. A efectos del presente procedimiento, se define como ICC toda información designada como tal por la parte que la presente, que no sea de dominio público y cuya divulgación pueda considerarse razonablemente que cause o amenace causar un daño a un interés de la persona o entidad que facilitó la información comercial a esa parte.

3. Únicamente podrán tener acceso a la ICC las personas que sean miembros de la Secretaría o integrantes del Grupo Especial, empleados de una parte o de un tercero que participen en la diferencia o asesores externos de una parte o de un tercero a los fines de la presente diferencia. Sin embargo, no se dará acceso a la ICC a los asesores externos que sean directivos o empleados de una empresa con actividades de producción, exportación o importación de atún o productos de atún. Cuando una parte o un tercero facilite ICC a un asesor externo que sea empleado o directivo de una asociación de empresas de dicha rama de producción, esa parte o ese tercero obtendrá garantías por escrito de dicho asesor de que ha leído y entiende el presente procedimiento y no revelará ninguna ICC en contravención del mismo.

4. Las partes que tengan acceso a ICC por haber sido presentada en esta diferencia la considerarán confidencial, es decir, solo la comunicarán a las personas autorizadas a recibirla de conformidad con el presente procedimiento. Cada parte y cada tercero será responsable a este respecto de sus empleados y de cualesquiera asesores externos a los que se recurra a los fines de esta diferencia. La ICC obtenida en el marco del presente procedimiento únicamente podrá utilizarse con fines de información y argumentación en esta diferencia.

5. Las partes o los terceros que presenten ICC o hagan referencia a ella en un documento marcarán la portada y cada página del mismo para indicar que contiene ICC de la siguiente manera: la ICC figurará entre corchetes dobles (por ejemplo, [[xx,xxx.xx]]). En la portada y la parte superior de cada página del documento se incluirá la mención "Contiene información comercial confidencial". Toda ICC que se presente en formato electrónico se señalará claramente, en una etiqueta en el medio de almacenamiento, con la frase "Contiene ICC", que también figurará claramente en el nombre del fichero electrónico.

6. Las partes, los terceros y el Grupo Especial almacenarán todos los documentos que contengan ICC de manera que se impida el acceso no autorizado a dicha información.

7. El Grupo Especial no revelará la ICC, en su informe ni de ningún otro modo, a personas no autorizadas en virtud del presente procedimiento para acceder a la ICC. No obstante, el Grupo Especial podrá formular conclusiones basándose en dicha información. Antes de hacer público su informe definitivo, el Grupo Especial dará a las partes la oportunidad de cerciorarse de que el informe no contiene ninguna información que hayan designado como ICC.

[1] El presente procedimiento se adopta de conformidad con el Procedimiento de trabajo del Grupo Especial de 4 de julio de 2016 y forma parte integrante del mismo.

ANEXO A-4

ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS RELATIVAS A LA IMPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DE ATÚN Y PRODUCTOS DE ATÚN (WT/DS381)

Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD
Segundo recurso de México al párrafo 5 del artículo 21 del ESD

PROCEDIMIENTO DE TRABAJO ADICIONAL DE LOS GRUPOS ESPECIALES RELATIVO A LA CELEBRACIÓN DE REUNIONES PARCIALMENTE ABIERTAS

Adoptado el 22 de diciembre de 2016

Habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo 3 de los Procedimientos de trabajo de los Grupos Especiales, y tras recibir una solicitud de los Estados Unidos de adopción de un procedimiento de trabajo adicional para facilitar el levantamiento de la confidencialidad de sus declaraciones en la reunión de los Grupos Especiales con las partes, los Grupos Especiales han adoptado, tras consultar con las partes, el siguiente Procedimiento de trabajo adicional:

1 DEFINICIONES

1.1 A efectos del presente Procedimiento de trabajo adicional:

a. por "parte divulgadora" se entiende toda parte que desea levantar la confidencialidad de sus declaraciones en la reunión de los Grupos Especiales con las partes;

b. por "parte no divulgadora" se entiende toda parte que desea mantener la confidencialidad de sus declaraciones en la reunión de los Grupos Especiales con las partes;

c. por "tercero que hace públicas sus declaraciones" se entiende todo tercero que desea levantar la confidencialidad de sus declaraciones en la sesión de los Grupos Especiales destinada a los terceros.

d. por "tercero que no hace públicas sus declaraciones" se entiende todo tercero que desea mantener la confidencialidad de sus declaraciones en la sesión de los Grupos Especiales destinada a los terceros.

e. por "declaración" se entiende:

i. la declaración inicial de una parte;

ii. la declaración final de una parte;

iii. las respuestas de una parte a preguntas de los Grupos Especiales relativas a a) cuestiones de derecho; y b) las pruebas documentales, los argumentos o las posiciones de la parte divulgadora (denominadas en el presente procedimiento de trabajo "preguntas del párrafo 1.1 e) iii)");

con exclusión, sin embargo, de toda parte o sección de estas que revele, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Toda parte o sección que revele, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador se suprimirá, antes del visionado en diferido, de conformidad con el procedimiento previsto en la sección 3.2 del presente Procedimiento de trabajo adicional.

f. por "declaración en calidad de tercero" se entiende:

i. la declaración de un tercero en la sesión de los Grupos Especiales destinada a los terceros;

ii. las respuestas de un tercero a preguntas del párrafo 1.1 e) iii);

con exclusión, sin embargo, de toda parte o sección de estas que revele, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Toda parte o sección que revele, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador se suprimirá, antes del visionado en diferido, de conformidad con el procedimiento previsto en la sección 3.2 o 4.3 del presente Procedimiento de trabajo adicional.

g. por "visionado en diferido" se entiende la transmisión por la Secretaría de la OMC, después de que concluya la reunión de los Grupos Especiales con las partes y la sesión de los Grupos Especiales destinada a los terceros, de las declaraciones de las partes divulgadoras y los terceros divulgadores que se hayan grabado y en las que se hayan hecho las supresiones pertinentes de conformidad con lo dispuesto en las secciones 3 y 4 del presente Procedimiento de trabajo adicional.

2 ASPECTOS GENERALES

2.1 El visionado en diferido tendrá lugar en una sala situada dentro del edificio de la Secretaría de la OMC. Estará abierto a los funcionarios de los Miembros y observadores de la OMC y, previa inscripción en la Secretaría, a los periodistas acreditados, los representantes de organizaciones no gubernamentales acreditados y otras personas interesadas, incluido el público en general. Se comunicarán a las partes los nombres de todas las personas inscritas para asistir al visionado en diferido. A tal efecto, la Secretaría publicará un aviso en el sitio web de la OMC en el que se proporcione información sobre el visionado en diferido y se incluya un enlace a través del cual las personas interesadas puedan inscribirse para asistir a él. En el aviso se indicará: a) que se comunicarán a las partes los nombres de todas las personas inscritas para asistir al visionado en diferido; y b) que ninguno de los asistentes al visionado en diferido está autorizado a utilizar dispositivos electrónicos para grabar parte alguna de la transmisión.

2.2 Los Grupos Especiales, tras consultar con las partes, decidirán la fecha del visionado en diferido. La grabación en la que se hayan hecho supresiones se transmitirá una vez, comenzando por el idioma de la intervención (es decir, el original), seguido inmediatamente de la versión traducida al español o el inglés.

3 REUNIÓN SUSTANTIVA DE LOS GRUPOS ESPECIALES CON LAS PARTES

3.1 Procedimiento de aceptación

3.1 Cualquier parte que desee ser una parte divulgadora lo notificará por escrito a los Grupos Especiales antes de la reunión sustantiva de los Grupos Especiales con las partes, dentro del plazo que determinen los Grupos Especiales. Toda parte que no haya notificado a los Grupos Especiales dentro de dicho plazo su intención de ser una parte divulgadora será considerada por los Grupos Especiales parte no divulgadora.

3.2 Grabación de las declaraciones

3.2 De conformidad con la práctica habitual de la OMC, se grabará en audio toda la reunión de los Grupos Especiales con las partes (incluidas las intervenciones y su interpretación), y dicha grabación se incluirá en el expediente de la diferencia.

3.3 Se grabará en vídeo la totalidad de las declaraciones inicial y final de la parte divulgadora, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 3.9.

3.4 También se grabarán en vídeo las respuestas de la parte divulgadora a preguntas del párrafo 1.1 e) iii), a reserva de lo dispuesto en los párrafos 3.5 y 3.9. Si en su respuesta a una pregunta del párrafo 1.1 e) iii) se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, la parte divulgadora advertirá de ello a los Grupos Especiales antes de responder a esa pregunta.

3.5 A fin de facilitar la aplicación del párrafo 3.4:

a. Cuando envíen por anticipado preguntas a las partes, los Grupos Especiales indicarán qué preguntas, a su juicio, satisfacen la definición del párrafo 1.1 e) iii) del presente Procedimiento de trabajo adicional.

b. No se grabarán las preguntas que los Grupos Especiales formulen espontáneamente durante la reunión.

3.6 La grabación en vídeo prevista en los párrafos 3.3 y 3.4 se incluirá en el expediente de la diferencia.

3.7 La grabación en vídeo prevista en los párrafos 3.3 y 3.4 se hará con una sola cámara, que se mantendrá en la misma posición, con el mismo zum y con el mismo enfoque durante toda la reunión.

3.8 Además de la grabación en vídeo prevista en los párrafos 3.3 y 3.4, se hará una grabación en vídeo secundaria de toda la reunión de los Grupos Especiales con las partes, que servirá como copia de seguridad, utilizando un canal de grabación en vídeo distinto pero la misma cámara de vídeo a que se hace referencia en el párrafo 3.6. Salvo que la grabación en vídeo primaria sea técnicamente defectuosa, la Secretaría no utilizará para el vídeo que se visionará en diferido esa grabación secundaria, la cual se suprimirá una vez que haya concluido el procedimiento previsto en la sección 3.3 del presente Procedimiento de trabajo adicional.

3.9 Antes de abordar en sus declaraciones su propia ICC o la de la otra parte, la parte divulgadora advertirá de ello a los Grupos Especiales. Cuando una parte divulgadora haga esa advertencia, se interrumpirán ambas grabaciones en vídeo durante la parte pertinente de la declaración, tras la cual se reanudarán. Para que la reunión se desarrolle de manera eficiente, se invita a la parte divulgadora a que estructure sus declaraciones de manera que se exponga primero la parte que no contiene ICC y después la parte que contiene ICC. Al concluir la declaración de una parte divulgadora, los Grupos Especiales pedirán a la parte no divulgadora que confirme que durante la parte grabada en vídeo de la declaración no se ha revelado parte alguna de su ICC.

3.3 Supresión de declaraciones grabadas

3.10 A fin de garantizar, de conformidad con el párrafo 3 de los Procedimientos de trabajo de los Grupos Especiales, que la divulgación por una parte divulgadora de las declaraciones que formula en la reunión de los Grupos Especiales con las partes no menoscabe los derechos de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, o la integridad y celeridad del procedimiento de solución de diferencias, ni los afecte de otro modo, en las declaraciones grabadas de conformidad con la sección 3.2 del presente Procedimiento de trabajo adicional se realizarán las supresiones previstas en la presente sección antes del visionado en diferido.

3.11 La parte divulgadora indicará, en la versión escrita definitiva de sus declaraciones inicial y final, en qué párrafos se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Por ejemplo, una parte divulgadora podría utilizar las siguientes frases en la versión escrita definitiva de sus declaraciones inicial y final: **Inicio del examen de las afirmaciones de [parte no divulgadora]** y **Fin del examen de las afirmaciones de [parte no divulgadora]**. Los párrafos en que se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador se suprimirán de la grabación en vídeo. Para evitar interrupciones innecesarias del visionado en diferido, se invita a la parte divulgadora a que estructure sus declaraciones de manera que se separen las declaraciones en que se revelen, directa o

indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador.

3.12 De conformidad con el párrafo 3.4 del presente Procedimiento de trabajo adicional, cuando en la respuesta a una pregunta del párrafo 1.1 e) iii) se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, esa respuesta se suprimirá de la grabación en vídeo.

3.13 Una vez concluida la reunión de los Grupos Especiales con las partes, los Grupos Especiales examinarán las declaraciones grabadas y la versión escrita definitiva de las declaraciones inicial y final de la parte divulgadora. Mediante los números de párrafo que figuran en la versión escrita definitiva de las declaraciones inicial y final de la parte divulgadora, los Grupos Especiales señalarán a las partes todo párrafo adicional a los identificados por la parte divulgadora de conformidad con el párrafo 3.11 en que, a juicio de los Grupos Especiales, se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Esos párrafos se suprimirán de la grabación en vídeo, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 3.16.

3.14 Una vez concluida la reunión de los Grupos Especiales con las partes, los Grupos Especiales examinarán la grabación en vídeo de las respuestas de la parte divulgadora a las preguntas del párrafo 1.1 e) iii). Los Grupos Especiales señalarán a las partes, mediante referencia al número de pregunta, toda respuesta adicional a las identificadas por la parte divulgadora, de conformidad con el párrafo 3.4 del presente Procedimiento de trabajo adicional, en que, a juicio de los Grupos Especiales, se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Esas respuestas también se suprimirán de la grabación en vídeo, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 3.16.

3.15 Si una parte no divulgadora considera que en alguna parte de las declaraciones grabadas en vídeo no identificada por la parte divulgadora (de conformidad con los párrafos 3.11 y 3.4 del presente Procedimiento de trabajo adicional) ni suprimida por los Grupos Especiales (de conformidad con el párrafo 3.13 o 3.14 del presente Procedimiento de trabajo adicional) se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgadora, dicha parte podrá señalarlo a la atención de los Grupos Especiales (a través de la Secretaría) y de la parte divulgadora. Esa notificación deberá hacerse en el plazo que especifiquen los Grupos Especiales, y en ella deberá identificarse el párrafo concreto de la declaración inicial o final pertinente (o, cuando corresponda, de la declaración en calidad de tercero), o la respuesta concreta por número de pregunta, y deberá indicarse de qué manera, a juicio de la parte notificante, en ese párrafo o esa respuesta se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Antes de que los Grupos Especiales adopten una decisión al respecto, se dará a la parte divulgadora la oportunidad de explicar, cuando proceda, por qué, a su juicio, en la parte de las declaraciones grabadas en vídeo identificada no se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador.

3.16 Si una parte divulgadora considera que en alguna parte de las declaraciones grabadas en vídeo suprimida por los Grupos Especiales (de conformidad con el párrafo 3.13 o 3.14 del presente Procedimiento de trabajo adicional) no se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, podrá señalarlo a la atención de los Grupos Especiales (a través de la Secretaría) y de la parte no divulgadora. Esa notificación deberá hacerse en el plazo que especifiquen los Grupos Especiales, y en ella deberá identificarse el párrafo concreto de la declaración inicial o final pertinente (o, cuando corresponda, de la declaración en calidad de tercero), o la respuesta concreta por número de pregunta, y deberá indicarse por qué, a juicio de la parte notificante, en ese párrafo o esa respuesta no se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Antes de que los Grupos Especiales adopten una decisión al respecto, se dará a la parte no divulgadora la oportunidad de explicar, cuando proceda, por qué, a su juicio, en la parte de las declaraciones grabadas en vídeo identificada se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador.

3.17 Los Grupos Especiales son conscientes de la necesidad de garantizar la celeridad del procedimiento de solución de diferencias. Por consiguiente, a fin de asegurar la viabilidad y eficiencia del presente Procedimiento de trabajo adicional, cuando se constate que en un párrafo de las declaraciones inicial o final de una parte divulgadora, o en la respuesta de esta a una pregunta del párrafo 1.1 e) iii), se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, se suprimirá la totalidad del párrafo o la respuesta, aun cuando también tenga contenido que no revele, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador.

3.18 Si, para hacer uso del procedimiento previsto en los párrafos 3.15 o 3.16, una parte considera necesario examinar una parte específica de la grabación en vídeo no expurgada (por ejemplo, la grabación en vídeo de una determinada respuesta a una pregunta de los Grupos Especiales), puede solicitar el visionado de esa parte de la grabación en vídeo. Esa solicitud debe hacerse con tiempo suficiente para garantizar que dicha parte pueda cumplir los plazos determinados por los Grupos Especiales con respecto a los párrafos 3.15 y 3.16. Ambas partes serán invitadas a toda proyección de la parte o partes de la grabación en vídeo no expurgada.

3.19 Si cualquiera de las dos partes solicita ver antes del visionado en diferido la grabación en vídeo en la que se han hecho supresiones, los Grupos Especiales invitarán a ambas partes a una sesión en la que puedan verla con antelación, acompañadas por un representante de la Secretaría, en los locales de la OMC. El objeto de la proyección previa es que las partes puedan confirmar que los Grupos Especiales han realizado las supresiones exigidas de conformidad con la presente sección. Si cualquiera de las dos partes considera que no se han realizado una o varias de las supresiones exigidas de conformidad con la presente sección, informará a los Grupos Especiales inmediatamente, de preferencia antes de la proyección previa, pero, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 24 horas desde la sesión de visionado previo. Después de oír las opiniones de la otra parte, los Grupos Especiales decidirán si modificar o no la grabación de vídeo en la que se han hecho supresiones. La sesión de visionado previo tendrá lugar en la fecha que determinen los Grupos Especiales en consulta con las partes.

3.20 Los Grupos Especiales se reservan el derecho de modificar el presente procedimiento tras consultar con las partes.

SESIÓN DE LOS GRUPOS ESPECIALES CON LOS TERCEROS

3.2 Procedimiento de aceptación

4.1 Cualquier tercero que desee ser un tercero divulgador lo notificará por escrito a los Grupos Especiales antes de la sesión de los Grupos Especiales con los terceros, o dentro del plazo que determinen los Grupos Especiales. Todo tercero que no haya notificado a los Grupos Especiales dentro de dicho plazo su intención de ser un tercero divulgador será considerado por los Grupos Especiales tercero no divulgador.

3.3 Grabación de las declaraciones de los terceros

4.2 De conformidad con la práctica habitual de la OMC, se grabará en audio toda la sesión de los Grupos Especiales con los terceros (incluidas las intervenciones y su interpretación), y dicha grabación se incluirá en el expediente de la diferencia.

4.3 Se grabará en vídeo la totalidad de la declaración en calidad de tercero de los terceros divulgadores, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4.9.

4.4 También se grabarán en vídeo las respuestas de los terceros divulgadores a preguntas del párrafo 1.1 e) iii), a reserva de lo dispuesto en los párrafos 4.5 y 4.9. Si en su respuesta a una pregunta del párrafo 1.1 e) iii) se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, el tercero divulgador advertirá de ello a los Grupos Especiales antes de responder a esa pregunta.

4.5 A fin de facilitar la aplicación del párrafo 4.4:

a. Cuando envíen por anticipado preguntas a los terceros, los Grupos Especiales indicarán qué preguntas, a su juicio, satisfacen la definición del párrafo 1.1 e) iii) del presente Procedimiento de trabajo adicional.

b. No se grabarán las preguntas que los Grupos Especiales formulen espontáneamente durante la reunión.

4.6 La grabación en vídeo prevista en los párrafos 4.3 y 4.4 se incluirá en el expediente de la diferencia.

4.7 La grabación en vídeo prevista en los párrafos 4.3 y 4.4 se hará con una sola cámara, que se mantendrá en la misma posición, con el mismo enfoque y con el mismo zum durante toda la reunión.

4.8 Además de la grabación en vídeo prevista en los párrafos 4.3 y 4.4, se hará una grabación en vídeo secundaria de toda la sesión de los Grupos Especiales con los terceros, que servirá como copia de seguridad, utilizando un canal de grabación en vídeo distinto pero la misma cámara de vídeo a que se hace referencia en el párrafo 4.7. Salvo que la grabación en vídeo primaria sea técnicamente defectuosa, la Secretaría no utilizará para el vídeo que se visionará en diferido esa grabación secundaria, la cual se suprimirá una vez que haya concluido el procedimiento previsto en la sección 4.3 del presente Procedimiento de trabajo adicional.

4.9 Antes de abordar en sus declaraciones la ICC de una parte, los terceros divulgadores advertirán de ello a los Grupos Especiales. Cuando un tercero divulgador haga esa advertencia, se interrumpirán ambas grabaciones en vídeo durante la parte pertinente de la declaración, tras la cual se reanudarán. Para que la reunión se desarrolle de manera eficiente, se invita a los terceros divulgadores a que estructuren sus declaraciones de manera que se exponga primero la parte que no contiene ICC y después la parte que contiene ICC.

3.4 Supresión de declaraciones en calidad de tercero grabadas

4.10 A fin de garantizar, de conformidad con el párrafo 3 de los Procedimientos de trabajo de los Grupos Especiales, que la divulgación por un tercero divulgador de las declaraciones que formula en la sesión de los Grupos Especiales con los terceros no menoscabe los derechos de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, o la integridad y celeridad del procedimiento de solución de diferencias ni los afecte de otro modo, en las declaraciones grabadas de conformidad con la sección 4.2 del presente Procedimiento de trabajo adicional se realizarán las supresiones previstas en la presente sección antes del visionado en diferido.

4.11 Los terceros divulgadores indicarán, en la versión escrita definitiva de su declaración en calidad de tercero, en qué párrafos se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Por ejemplo, un tercero divulgador podría utilizar las siguientes frases en la versión escrita definitiva de su declaración en calidad de tercero: ** Inicio del examen de las afirmaciones de [parte no divulgadora]* y *Fin del examen de las afirmaciones de [parte no divulgadora]**. Los párrafos en que se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador se suprimirán de la grabación en vídeo. Para evitar interrupciones innecesarias del visionado en diferido, se invita al tercero divulgador a que estructure sus declaraciones en calidad de tercero de manera que se separen las declaraciones en que se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador.

4.12 De conformidad con el párrafo 4.4 del presente Procedimiento de trabajo adicional, cuando en la respuesta de un tercero a una pregunta del párrafo 1.1 e) iii) se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, esa respuesta se suprimirá de la grabación en vídeo.

4.13 Una vez concluida la sesión de los Grupos Especiales con los terceros, los Grupos Especiales examinarán las declaraciones grabadas y la versión escrita definitiva de la declaración en calidad de tercero de cada tercero divulgador. Mediante los números de párrafo que figuran en la versión escrita definitiva de la declaración en calidad de tercero del tercero divulgador, los Grupos Especiales señalarán al tercero divulgador pertinente, con copia a las partes y a los terceros, todo párrafo adicional a los identificados por el tercero divulgador de conformidad con el párrafo 4.11 en que, a juicio de los Grupos Especiales, se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Esos párrafos se suprimirán de la grabación en vídeo, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4.16.

4.14 Una vez concluida la sesión de los Grupos Especiales con los terceros, los Grupos Especiales examinarán la grabación en vídeo de las respuestas del tercero divulgador a las preguntas del párrafo 1.1 e) iii). Mediante referencia al número de pregunta, los Grupos Especiales señalarán al tercero divulgador pertinente, con copia a las partes y los terceros, toda respuesta adicional a las identificadas por el tercero divulgador, de conformidad con el párrafo 4.4 del presente Procedimiento de trabajo adicional, en que, a juicio de los Grupos Especiales, se revelen, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Esas respuestas también se suprimirán de la grabación en vídeo, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4.16.

4.15 Si una parte no divulgadora o un tercero no divulgador considera que en alguna parte de una declaración en calidad de tercero o una respuesta de un tercero a una pregunta del párrafo 1.1 e) iii) grabada en vídeo no identificada por un tercero divulgador (de conformidad con los párrafos 4.11 y 4.4 del presente Procedimiento de trabajo adicional) ni suprimida por los Grupos Especiales (de conformidad con el párrafo 4.13 o 4.14 del presente Procedimiento de trabajo adicional) se revelan, directa o indirectamente, sus pruebas documentales, argumentos o posiciones, dicha parte o tercero podrá señalarlo a la atención de los Grupos Especiales (a través de la Secretaría) y del tercero divulgador pertinente. Esa notificación deberá hacerse en el plazo que especifiquen los Grupos Especiales, y en ella deberá identificarse el párrafo concreto de la declaración en calidad de tercero pertinente, o la respuesta concreta por número de pregunta, y deberá indicarse de qué manera, a juicio de la parte notificante, en ese párrafo o esa respuesta se revelan, directa o indirectamente, sus pruebas documentales, argumentos o posiciones. Antes de que los Grupos Especiales adopten una decisión al respecto, se dará al tercero divulgador pertinente la oportunidad de explicar, cuando proceda, por qué, a su juicio, en la parte de las declaraciones grabadas en vídeo identificada no se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador.

4.16 Si un tercero divulgador considera que en alguna parte de las declaraciones grabadas en vídeo suprimida por los Grupos Especiales (de conformidad con el párrafo 4.13 o 4.14 del presente Procedimiento de trabajo adicional) no se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, podrá señalarlo a la atención de los Grupos Especiales (a través de la Secretaría) y de toda parte no divulgadora o tercero no divulgador pertinente. Esa notificación deberá hacerse en el plazo que especifiquen los Grupos Especiales, y en ella deberá identificarse el párrafo concreto de la declaración en calidad de tercero pertinente, o la respuesta concreta por número de pregunta, y deberá indicarse por qué, a juicio del tercero notificante, en ese párrafo o esa respuesta no se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador. Antes de que los Grupos Especiales adopten una decisión al respecto, se dará a toda parte no divulgadora o tercero no divulgador pertinente la oportunidad de explicar, cuando proceda, por qué, a su juicio, en la parte de las declaraciones grabadas en vídeo identificada se revelan, directa o indirectamente, sus pruebas documentales, argumentos o posiciones.

4.17 Los Grupos Especiales son conscientes de la necesidad de garantizar la celeridad del procedimiento de solución de diferencias. Por consiguiente, a fin de asegurar la viabilidad y eficiencia del presente Procedimiento de trabajo adicional, cuando se constate que en un párrafo de la declaración en calidad de tercero de un tercero divulgador, o en la respuesta de un tercero divulgador a una pregunta del párrafo 1.1 e) iii), se revelan, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador, se suprimirá la totalidad del párrafo o la respuesta, aun cuando también tenga contenido que no revele, directa o indirectamente, pruebas documentales, argumentos o posiciones de una parte no divulgadora o un tercero no divulgador.

4.18 Si cualquier parte o tercero solicita ver antes del visionado en diferido la grabación en vídeo de la sesión de los Grupos Especiales con los terceros en la que se han hecho supresiones, los Grupos Especiales invitarán a las partes y los terceros a una sesión en la que puedan verla con antelación, acompañados por un representante de la Secretaría, en los locales de la OMC. El objeto de la proyección previa es que las partes puedan confirmar que los Grupos Especiales han realizado las supresiones exigidas de conformidad con la presente sección.

4.19 Los Grupos Especiales se reservan el derecho de modificar el presente procedimiento tras consultar con las partes.

_____

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de los argumentos de los Estados Unidos	B-2
Anexo B-2	Resumen de los argumentos de México	B-15

ANEXO B-1

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LOS ESTADOS UNIDOS

I. LA MEDIDA MODIFICADA ES COMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

A. Las disposiciones relativas a las determinaciones son imparciales tanto en su diseño como en su aplicación

1. El Órgano de Apelación constató que el efecto perjudicial de la medida sobre el etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos no se derivaba exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas basadas únicamente en el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones. Por lo tanto, tras la publicación del informe del Órgano de Apelación, los Estados Unidos examinaron detenidamente las disposiciones relativas a las determinaciones, tanto en su diseño como en su aplicación.

2. En cuanto al diseño, los Estados Unidos aceptaron las recomendaciones y resoluciones del OSD y modificaron las disposiciones relativas a las determinaciones de conformidad con la norma definitiva preliminar de 2016 y las constataciones del Órgano de Apelación. México no parece discrepar de esa conclusión y, por lo tanto, la cuestión no parece estar en litigio en estos procedimientos.

3. En cuanto a la aplicación, los Estados Unidos examinaron también las pruebas fácilmente disponibles a fin de establecer si existe base para formular una determinación sobre alguna pesquería concreta. Con respecto al primer criterio de las disposiciones relativas a las determinaciones, el resultado del análisis de la Administración Nacional del Océano y la Atmósfera (NOAA) fue que no existen pruebas de que haya pesquerías que cumplan el primer criterio de las disposiciones relativas a las determinaciones, es decir, que exista una "asociación habitual e importante entre los delfines y el atún" similar a la que existe en el océano Pacífico Tropical Oriental (PTO). Con respecto al segundo criterio, las pruebas disponibles parecen indicar que ciertas pesquerías con redes agalleras en la región del océano Índico cumplen ese criterio.

4. El texto de la Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines (DPCIA) no es explícito en cuanto al criterio cuantitativo con arreglo al cual debe determinarse que hay una mortalidad o heridas graves de delfines "habituales e importantes" o en cuanto al punto de referencia respecto del cual deben medirse los niveles de mortalidad de delfines para determinar si son "habituales e importantes". En consecuencia, fue necesario examinar qué criterio cuantitativo y qué punto de referencia se adaptaban mejor a los fines de la medida sobre el etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos, habida cuenta de las pruebas disponibles. A continuación, los Estados Unidos explican: 1) el criterio cuantitativo que se consideró más apropiado; 2) el punto de referencia que se consideró más apropiado; y 3) la evaluación de las diferentes pesquerías de atún con arreglo a las pruebas disponibles.

5. En primer lugar, al examinar qué criterio cuantitativo es el más apropiado, la NOAA llegó a la conclusión de que la medición de la mortalidad de delfines por lance respecto de cada una de las pesquerías refleja la frecuencia con que los capitanes tendrían que determinar que un delfín ha muerto o ha sido gravemente herido en una pesquería concreta. Ese criterio cuantitativo es compatible con la finalidad y la estructura de la medida de los Estados Unidos, porque permite evaluar el efecto de una pesquería de atún en los ejemplares de delfines y porque se adapta a la frecuencia con que un capitán de buque en una pesquería determinada tendría que detectar que un delfín ha muerto o ha sido gravemente herido en un lance determinado. En concreto, cuando un capitán tuviera que constatar la mortalidad o las heridas graves de delfines con mayor frecuencia, porque un número mayor de lances causa un daño directo a los delfines, las disposiciones relativas a las determinaciones, si se basaran en un criterio cuantitativo por lance, establecerían que puede ser necesaria la certificación por un observador (y un mayor seguimiento y verificación) para que los productos del atún cumplan la norma "*dolphin safe*". Ese criterio cuantitativo es también práctico, ya que es utilizado por numerosas y distintas autoridades de reglamentación, incluidas organizaciones regionales de ordenación pesquera, para determinar el

efecto de la pesca de atún en los delfines (y en otras especies de captura incidental) en una pesquería determinada, lo que significa que hay una cantidad considerable de datos por lance para diferentes pesquerías en distintos océanos que está fácilmente disponible.

6. En segundo lugar, tras haber identificado un criterio cuantitativo apropiado, fue necesario establecer el punto de referencia apropiado respecto de la cual se evaluarían las pesquerías para determinar si los niveles de mortalidad de delfines por lance eran "habituales e importantes". A ese respecto, los Estados Unidos recordaron la sugerencia del Órgano de Apelación de que, para asegurar un trato imparcial de las diferentes pesquerías, el punto de referencia debería referirse a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. La NOAA determinó que el punto de referencia más adecuado era el promedio de la mortalidad directa de delfines causada por los lances sobre delfines en el PTO durante un período de 20 años contado desde 1997 hasta la actualidad. A efectos de promover el objetivo de la medida y, al mismo tiempo, asegurar un trato imparcial de las diferentes pesquerías, ese enfoque tiene varias ventajas, a saber: 1) en general, los promedios constituyen una base más fiable para hacer determinaciones científicas que las cifras relativas a un único año; 2) se tienen en cuenta tanto los niveles de mortalidad del momento en que se aplicaron prescripciones mejoradas en materia de observadores y de seguimiento y verificación como los actuales; y, 3) el enfoque es conservador, lo que es compatible con el objetivo de protección de los delfines, porque tiene en cuenta cualquier descenso de la mortalidad directa por lances sobre delfines que haya tenido lugar en el PTO durante los últimos 20 años.

7. En tercer lugar, sobre esa base, los Estados Unidos consideraron las pruebas disponibles para cada pesquería en relación con la mortalidad por lance registrada en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Según muestran las pruebas pertinentes que obran en el expediente en la presente diferencia, ninguna prueba indica que, si se consideran los lances por separado, ninguna otra pesquería cause una mortalidad de delfines que se acerque a la causada por los lances sobre delfines realizados en el PTO, como promedio desde 1997. Por consiguiente, no hay pruebas que apunten a que ninguna de las pesquerías para las que se ha dispuesto de pruebas por pesquerías específicas registre una mortalidad de delfines "habitual e importante".

8. Sin embargo, las pruebas relativas a determinadas pesquerías de redes agalleras en el océano Índico muestran que los niveles de mortalidad son tales que, si hubiese datos disponibles por lances, es probable que la tasa de mortalidad por lance fuese igual o superior al nivel "habitual e importante". En particular, varias pruebas documentales presentadas en el primer procedimiento sobre el cumplimiento mostraron la existencia de un nivel alarmante de mortalidad de delfines en las pesquerías indias y pakistaníes de redes agalleras en el océano Índico, así como en las pesquerías vecinas de otros países. Los Estados Unidos trataron de obtener datos por lances relativos a esas pesquerías, pero no los había disponibles. En consecuencia, los Estados Unidos consideraron si otros criterios cuantitativos podrían servir en lugar de los datos por lances y permitir una evaluación de esas pesquerías. La NOAA determinó que había datos disponibles para llevar a cabo una evaluación con arreglo a un criterio cuantitativo de las tasas de captura incidental de delfines, esto es, el número de delfines muertos por tonelada desembarcada de capturas de la especie buscada (atún). Aunque no sea perfecto para llevar a cabo ese análisis, el criterio cuantitativo sirvió como sustitutivo razonable de los datos por lances. El 28 de septiembre de 2016, la NOAA publicó una determinación, sobre la base de la mejor información disponible, según la cual estaba produciéndose una mortalidad de delfines "habitual e importante" en esas pesquerías. Según lo establecido en la determinación, cualquier producto de atún procedente de esas pesquerías, para ser comercializado como *dolphin safe* en los Estados Unidos habría de acompañarse de un certificado expedido por un observador perteneciente a un programa de observadores apto y autorizado y una calificación acreditativa de la documentación relativa a la captura, del contenido sustancial de las normas sobre etiquetado *dolphin safe* y de la información sobre la cadena de custodia.

9. Por consiguiente, a efectos de modificar el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones, los Estados Unidos evaluaron su aplicación con arreglo a un criterio cuantitativo y un punto de referencia apropiados. Las pruebas confirmaron que, en el caso de todas las pesquerías para las que se dispone de datos sobre mortalidad por lances, no era necesaria una determinación positiva. Sin embargo, en el caso de ciertas pesquerías de redes agalleras, esos datos no estaban disponibles, pero otros datos pertinentes indicaban que tales pesquerías cumplirían el criterio de "mortalidad habitual e importante." Sobre esa base, y sin información contradictoria presentada por los países, la NOAA designó esas pesquerías. Por consiguiente, la

aplicación de la disposición relativa a las determinaciones, al igual que su diseño, está en conformidad con el párrafo 1 del artículo 2.

10. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el diseño de las disposiciones relativas a las determinaciones fue la única base que permitió al Órgano de Apelación constatar que el efecto perjudicial de la medida no se derivaba exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas. Además de abordar la recomendación del OSD y las disposiciones relativas a las determinaciones, la norma definitiva preliminar de 2016 también ha abordado las demás preocupaciones identificadas durante el primer procedimiento sobre el cumplimiento, aun cuando esas preocupaciones no constituyeron la base para la recomendación del OSD en cuestión. Consideradas de forma independiente, las distinciones reglamentarias formuladas mediante los criterios de admisibilidad, y las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación son imparciales.

B. La prueba jurídica de imparcialidad adecuada en la presente diferencia

11. Para los fines de la presente diferencia, como el Órgano de Apelación ha explicado, la prueba de imparcialidad es si las distinciones reglamentarias, consideradas en su totalidad, se adaptan a las diferencias de riesgo para los delfines de daños globales que entrañan, por una parte, los lances sobre delfines practicados en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y, por otra, los demás métodos de pesca utilizados en otros océanos.

12. México rechaza el análisis del Órgano de Apelación. En particular, México rechaza las conclusiones del Órgano de Apelación de que: "en el presente procedimiento en el marco del párrafo 5 del artículo 21 tiene *especial pertinencia* realizar una evaluación" de si las diferencias en las condiciones de etiquetado se adaptan en función de los riesgos para los delfines; y una medida "no infringirá el párrafo 1 del artículo 2 si se 'adapta' adecuadamente en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos".

13. En primer lugar, México no atribuye "especial pertinencia" a la prueba de adaptación del Órgano de Apelación. Más bien, en opinión de México, la cuestión de si las diferencias en las condiciones de etiquetado se adaptan a las diferencias en el daño global causado a los delfines es simplemente "un elemento" de la prueba jurídica de imparcialidad que los Grupos Especiales deben aplicar. En realidad, la cuestión de si la medida se adapta al daño global no es siquiera la prueba más importante desde el punto de vista de México, que señala que lo esencial es indagar si las diferencias en las condiciones de etiquetado pueden conciliarse con los objetivos de la medida (con independencia del riesgo). Además, México parece rechazar la aplicación de la prueba de adaptación del Órgano de Apelación al examen de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación.

14. En segundo lugar, México alega implícita, pero repetidamente, que la medida *infringirá* el párrafo 1 del artículo 2 *incluso si* se adapta, al sostener que la medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 por razones no relacionadas con si la medida se adapta a los riesgos de daño para los delfines. Así, en su primera comunicación escrita, México sostiene que las tres distinciones reglamentarias son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 porque están "en contradicción con los objetivos y con el diseño, la arquitectura y la estructura reveladora de la medida sobre el atún". Mientras que, en su segunda comunicación, México alega que la medida es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 porque es "incompatible con los objetivos de desarrollo sostenible", así como el hecho de que la medida no aplica prescripciones "estrictas" en materia de certificación y de seguimiento y verificación a los productos de atún procedentes de métodos de pesca que ocasionan a los delfines daños más que *de minimis* o en pesquerías sujetas a reglamentaciones internas (supuestamente) deficientes.

C. Las pruebas jurídicas de imparcialidad propuestas por México son incorrectas

15. En primer lugar, México concibe la prueba de imparcialidad como un análisis multifactorial en el que "una de las cuestiones" es si la medida se adapta, y "otra cuestión es si las distinciones reglamentarias se concilian con los objetivos de la medida." En opinión de México, esas dos cuestiones "no crean pruebas jurídicas independientes o discretas", sino que son más bien elementos diferentes que se sopesan y contrastan unos con otros para determinar si la medida es

imparcial. México interpreta mal el análisis de la imparcialidad llevado a cabo por el Órgano de Apelación tal como se aplica en la presente diferencia.

16. Si bien el Órgano de Apelación ha reconocido que puede haber diferentes enfoques que un grupo especial podría emplear para comprobar si la medida impugnada es imparcial, los hechos y las circunstancias de determinada diferencia dictarán el enfoque que se necesita. *En la presente diferencia*, el Órgano de Apelación "consideró apropiado un análisis" de si la medida "se 'adapta' adecuadamente en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos." El hecho de que, en teoría, haya diferentes formas de comprobar la imparcialidad no significa, como México da a entender, que los Grupos Especiales deban explorar todas esas opciones en la presente diferencia, ni que hacerlo sea adecuado.

17. En realidad, lo que México parece sostener es que el Órgano de Apelación ha exigido a los Grupos Especiales que se enfrenten a la misma situación que abordó el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento con respecto a las prescripciones en materia de certificación, en la que ese Grupo Especial contrastó los dos análisis. Sin embargo, el Órgano de Apelación *revocó* ese análisis, constatando que la mayoría no realizaba el análisis adecuado para determinar la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación. Por otra parte, si México estuviese en lo cierto al afirmar que el Órgano de Apelación ha exigido a estos Grupos Especiales que lleven a cabo esa prueba de contraste multifactorial, el análisis de los criterios de admisibilidad realizado por el Órgano de Apelación habría sido también fundamentalmente distinto.

18. En la presente diferencia, la cuestión de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas no se responde llevando a cabo una evaluación que no tenga en cuenta las diferencias de riesgo para los delfines. Más bien, la cuestión de la imparcialidad se responde determinando si esas diferencias en las distinciones reglamentarias "se pueden explicar como debidamente adecuad[a]s, o proporcionad[a]s, a las diferencias en esos riesgos teniendo en cuenta el objetivo de proteger a los delfines de los efectos perjudiciales que se producen en las distintas pesquerías". A ese respecto, está claro que el análisis de la adaptación, establecido por el Órgano de Apelación, tiene ya en cuenta el objetivo doble de la medida. En concreto, la prueba del Órgano de Apelación examina si la medida se adapta al riesgo de daño para los delfines como forma de explicar las diferencias en las distinciones reglamentarias. La protección de los delfines, entre otras cosas mediante la información facilitada a los consumidores, es el principal objetivo sustantivo de la medida, y la exactitud del etiquetado es un medio para alcanzar ese fin. En consecuencia, si la medida se adapta adecuadamente a los riesgos resultantes para los delfines en las diferentes zonas oceánicas, las distinciones reglamentarias de la medida se compadecen con los objetivos de esa medida. Además, el hecho de que el análisis del Órgano de Apelación requiera la misma prueba de adaptación para determinar si la medida refleja una discriminación arbitraria o injustificable a efectos de la parte introductoria del artículo XX confirma a su vez que, para los fines de la presente diferencia, el análisis no es como México alega.

19. En segundo lugar, México sostiene que para determinar la imparcialidad de las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación los Grupos Especiales deberían adoptar pruebas diferentes -no relacionadas con los riesgos para los delfines, es decir, "los riesgos de facilitar información inexacta"- de las que deberían aplicar a los criterios de admisibilidad. Los argumentos de México carecen de fundamento por varias razones. Como se ha explicado antes, el análisis de la adaptación realizado por el Órgano de Apelación ya tiene en cuenta los objetivos de la medida. Además, no se aplican pruebas diferentes a distinciones reglamentarias diferentes. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación reprochó al Grupo Especial que hubiese aplicado una prueba de adaptación modificada a los criterios de admisibilidad y una prueba diferente a las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación, insistiendo en que la misma prueba debería aplicarse a cada una de esas distinciones reglamentarias "acumulativas y … sumamente interrelacionadas". En su planteamiento, México insta a los Grupos Especiales a llevar a cabo un "análisis segmentado" incorrecto que el Órgano de Apelación ha rechazado ya. Por otra parte, las pruebas que, según alega México, deberían utilizarse para determinar si las prescripciones en materia de certificación y de seguimiento y verificación son imparciales. En concreto, el argumento de México (de que no deben considerarse aptos para la etiqueta los productos de atún procedentes de métodos de pesca que ocasionen daños más que *de minimis* a los delfines) constituye un rechazo del análisis de la adaptación. De modo similar, la otra prueba de México, que postula la necesidad de aplicar prescripciones "estrictas" en materia de certificación y de seguimiento y verificación al atún capturado en todas las pesquerías en las que el nivel de los reglamentos internos aplicables a la pesca esté por debajo

de alguna norma mínima (no especificada), es también un rechazo del argumento de la adaptación, ya que no se basa en el análisis de los diferentes riesgos para los delfines.

20. En tercer lugar, el argumento de México con respecto a la "sostenibilidad ambiental" carece de base, tanto jurídica como fáctica.

D. Los criterios de admisibilidad se adaptan al riesgo que los diferentes métodos de pesca entrañan para los delfines

21. Los Estados Unidos han establecido que los criterios de admisibilidad se adaptan a las diferencias de riesgo de daño global para los delfines. En concreto, los Estados Unidos han establecido que: 1) los lances sobre delfines constituyen un método de pesca singular que es intrínsecamente peligroso para los delfines; 2) los métodos de pesca que permiten capturar atún apto para la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos no entrañan riesgos equivalentes para los delfines; y 3) los criterios de admisibilidad guardan proporción con las diferencias de riesgo.

1. Los lances sobre delfines constituyen un método de pesca singular que es intrínsecamente peligroso para los delfines

22. Los Estados Unidos han mostrado que los lances sobre delfines constituyen un método de pesca que es particularmente perjudicial para los delfines por tres razones: 1) deliberadamente tiene como objetivo los delfines, de forma que se ha de poner en riesgo de daño directo e indirecto a los delfines en cada lance realizado sobre ellos; 2) causa una categoría singular de daños no observables que pueden producirse en cada lance sobre delfines, con independencia de que se causen directamente la muerte o heridas a un delfín; y 3) sigue causando un alto nivel de mortalidad directa de delfines.

23. En primer lugar, está bien establecido que los lances sobre delfines son el único método de pesca que deliberadamente tiene como objetivo los delfines al capturar pescado. Por lo tanto, cada lance sobre delfines conlleva una interacción continua entre un gran buque de cerco (y sus embarcaciones de gran velocidad y, con frecuencia, helicópteros) y una manada de delfines, en la que el buque persigue a unos 600 delfines durante un lapso de hasta dos horas, y finalmente captura entre 300 y 400 ejemplares. En cambio, otros métodos de pesca pueden utilizarse sin efectos de ningún tipo para los delfines. Además, los buques pueden interactuar con un pequeño número de delfines solo incidentalmente, y esos otros métodos de pesca pueden llevarse a cabo sin poner directamente en peligro a ningún delfín.

24. A ese respecto, México se equivoca al aducir que el carácter deliberado de las interacciones con los delfines no guarda relación con el perfil de riesgo de los lances sobre delfines. En anteriores informes, el Órgano de Apelación confirmó que el análisis debe basarse en una evaluación de los "niveles de riesgo globales" causados por distintos métodos de pesca en distintas pesquerías. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento confirmó la pertinencia del carácter deliberado de las interacciones con los delfines en los lances sobre delfines, y explicó que todo lance sobre delfines entraña necesariamente una interacción continua con cientos de delfines que puede durar varias horas y que esas interacciones son intrínsecamente peligrosas, ya que pueden causar importantes daños no observables, así como mortalidad y heridas graves directas. Por consiguiente, no hay razones para excluir esa característica de los lances sobre delfines al analizar el perfil de riesgo del método de pesca.

25. En cambio, como reconoció el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento, otros métodos de pesca utilizados en otras pesquerías no tienen deliberadamente como objetivo los delfines. En particular, como los Estados Unidos han explicado, es posible utilizar otros métodos de pesca sin daño para los delfines. En efecto, algunas pesquerías -incluidas ciertas pesquerías de líneas de mano, redes agalleras, palangres, cañas y líneas, y redes de cerco- no plantean riesgos conocidos, o solo plantean riesgos remotos, para los delfines, debido a la distribución de los delfines y la zona de explotación de la pesquería. En otras muchas pesquerías de atún, en particular pesquerías de redes de cerco y de palangres, hay algún riesgo conocido, pero la inmensa mayoría de los lances se producen sin interacción con los delfines y, por consiguiente, sin poner en peligro a ningún delfín. Por consiguiente, la inmensa mayoría de las actividades pesqueras llevadas a cabo en esas pesquerías no afectan a los delfines en modo alguno y, en consecuencia, entrañan un riesgo escaso o nulo de daño directo o indirecto a los delfines.

26. En segundo lugar, los lances sobre delfines causan una categoría singular de daños indirectos y no observables debidos al proceso de persecución y cercamiento. México sostiene que tales efectos son "especulativos y no demostrados" y alega que, en la medida en que se sacan conclusiones respecto de los efectos indirectos causados por los lances sobre delfines, las mismas conclusiones "deben presumirse en relación con otras pesquerías y métodos de pesca". Además, México mantiene que las acciones que causan los efectos singulares y no observables de los lances sobre delfines son, en realidad, positivas porque hacen sostenible el método. Ninguno de los argumentos de México tiene fundamento, y México se equivoca al tratar de "apelar" contra las recomendaciones y resoluciones del OSD en estos procedimientos.

27. A ese respecto, México considera erróneamente que si se constata que los lances sobre delfines causan efectos no observables, debe presumirse que otros métodos de pesca causan los mismos efectos. Como los Estados Unidos han explicado, un importante corpus de publicaciones científicas revisadas por homólogos ha llegado a la conclusión de que los lances sobre delfines causan daños indirectos y no observables a los delfines debido al proceso de persecución y cercamiento. Entre esos daños figuran los efectos en la reproducción, la separación de las crías y sus madres y las lesiones físicas causadas por el estrés. En un artículo de 2007 sobre el tema se explicaba que el examen de la bibliografía existente mostraba, entre otras cosas, que: 1) los lances sobre delfines "crean factores de estrés bien conocidos en otros mamíferos, especialmente en animales salvajes", y que las reacciones habituales "a tales perturbaciones comprenden cambios en el metabolismo, el crecimiento, la reproducción y el sistema inmunitario, cualquiera de los cuales, por sí solo o en combinación con otros, podría afectar significativamente a la supervivencia y la reproducción"; 2) las muestras de delfines capturados en esos lances "mostraban daños celulares similares en el músculo cardíaco, indicativos de un grado de miopatías causadas por la captura que podrían determinar una mortalidad no observada en algunos casos"; y, 3) los problemas de desarrollo son indicativos de que las crías más pequeñas (menos de un año desde el parto) pueden tener más dificultad para mantener el vínculo con la madre durante las actividades pesqueras". Según un estudio de 2010, hay pruebas de que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO "ha sido desde el principio un factor significativo en la vida de los delfines" y, en particular, "influye en la reproducción de las poblaciones de delfines". No hay estudios de ese tipo que indiquen que algún otro método de pesca en alguna otra pesquería cause una mortalidad indirecta y no observable similar, y México tampoco presenta estudio alguno.

28. México no ha presentado pruebas que menoscaben las anteriores constataciones de que los lances sobre delfines causan una categoría singular de daños no observables debidos a la propia persecución que otros métodos de pesca no causan. En consecuencia, sencillamente no es posible certificar los lances sobre delfines como "*dolphin safe*" en el sentido de no haber causado daño a los delfines, ya que pueden producirse daños no observables en cada lance, aun cuando no haya mortalidad directa de delfines, pero esos daños no pueden ser detectados por un capitán o un observador. Los intentos de México por describir los lances sobre delfines como un método de pesca sostenible y considerado positivamente son engañosos y no pertinentes para la cuestión de si el método es *dolphin safe*.

29. En tercer lugar, los lances sobre delfines son un método de pesca singularmente peligroso desde el punto de vista de la mortalidad directa de delfines. Durante el último decenio, los lances sobre delfines de los grandes buques de cerco en el PTO han causado varios centenares, y a veces millares, de muertes directas de delfines cada año. Al controlar el nivel de esfuerzo, para facilitar la comparación entre pesquerías, esas cifras representan entre 69,4 y 126,3 muertes de delfines por cada 1.000 lances sobre delfines. Este nivel de mortalidad de delfines, causado por un número de 80 a 90 buques en unos 10.000 lances al año, no tiene, en general, equivalente en otras pesquerías de atún.

2. Los métodos de pesca que permiten capturar atún apto para la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos no entrañan riesgos equivalentes para los delfines

30. Los métodos de pesca que producen atún potencialmente apto para la etiqueta *dolphin safe* entrañan, en general, un nivel más bajo de riesgo para los delfines que los lances sobre delfines en el PTO porque: 1) no son intrínsecamente perjudiciales para los delfines y pueden llevarse a cabo sin afectar a ningún delfín; 2) no causan los tipos de daños no observables infligidos por el proceso de persecución y cercamiento con independencia de que se produzcan o no muertes directas de delfines; y, 3) los niveles de cualquier mortalidad directa de delfines que puedan

causar son, en general, más bajos, por lance, que los causados por los lances sobre delfines al amparo del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) y, sin duda, no son tan altos como para contrarrestar los riesgos singulares que entrañan los lances sobre delfines y, de ese modo, igualar los perfiles de riesgo de los lances sobre delfines y otros métodos de pesca.

31. A ese respecto, México se equivoca al sostener que "cuando existen pruebas convincentes de que un método de pesca ha causado daño a los delfines, debe suponerse que hay daños directos e indirectos generalizados, *a menos que se demuestre lo contrario con absoluta certeza*". El Órgano de Apelación constató que la adaptación, y no el punto de referencia de "tolerancia cero" de México, es la prueba aplicable para determinar si la medida de los Estados Unidos, incluidos los criterios de admisibilidad, es imparcial. México no ha presentado pruebas que indiquen que otros métodos de pesca sean intrínsecamente peligrosos para los delfines o causen tales daños no observables. Además, las pruebas de México no demuestran que, en general, otros métodos de pesca causen el nivel de mortalidad directa de delfines causado por los lances sobre delfines al amparo del APICD.

32. Con respecto a los lances de redes de cerco distintos de los lances sobre delfines, todos los datos por lances disponibles confirman que ese método de pesca causa un nivel de mortalidad directa de delfines mucho más bajo que los lances sobre delfines. Esto es cierto para las pesquerías en las que se utilizan redes de cerco en los océanos Atlántico, Índico, Pacífico Occidental y Central, y PTO, ya que todas las pruebas muestran que los niveles de mortalidad directa de delfines en esas pesquerías son muy inferiores a los causados por lances sobre delfines en el PTO. A ese respecto, la propia pesquería de grandes buques de cerco del PTO constituye el ejemplo más claro de por qué los argumentos de México no son válidos. Las pruebas establecen que los lances sobre bancos libres y objetos flotantes representaron más de la mitad de todos los lances en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en el último decenio, pero causaron únicamente el 0,2% de la mortalidad de delfines en la pesquería, siendo el 99,8% restante causado por lances sobre delfines. La falta de respuesta de México a esas pruebas -e incluso de reconocimiento de su existencia en absoluto- es elocuente. Por consiguiente, los lances de redes de cerco distintos de los lances sobre delfines causan niveles significativamente más bajos de mortalidad directa que los lances sobre delfines, y también entrañan riesgos menos frecuentes para los delfines y no causan los daños no observables causados por el proceso de persecución y cercamiento.

33. En lo que respecta a la pesca con palangre, las pruebas demuestran que ese método de pesca puede utilizarse sin causar daño a los delfines, y que los riesgos para los delfines derivados de la pesca con palangre en general en las distintas zonas de los océanos son significativamente menores que los riesgos que entrañan para los delfines los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Aunque critica a los Estados Unidos por aplicar una "presunción", México no presenta pruebas que indiquen que las pruebas de los Estados Unidos que obran en el expediente no son correctas y representativas. Por ejemplo, los Estados Unidos han mostrado que, en cada pesquería de atún con palangres para la que hay datos disponibles, la inmensa mayoría de los lances (más del 95%) se producen sin interacción con delfines. Además, los Estados Unidos han mostrado que, en cada pesquería de atún con palangres para la que hay datos disponibles, la mortalidad directa observada de delfines constituye una pequeña parte de la causada por los lances sobre delfines en el PTO en las distintas pesquerías. México no ha presentado pruebas que contradigan las pruebas de los Estados Unidos.

34. Con respecto a la pesca con caña y línea, México ni siquiera parece cuestionar que tal método de pesca causa menos daño global a los delfines que los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.

35. En cuanto a la pesca con redes agalleras, tal método de pesca puede producir atún apto para la certificación *dolphin safe*, al contrario que los lances sobre delfines. A diferencia de lo que ocurre en los lances sobre delfines, los delfines no son un componente esencial de la pesca con redes agalleras y, por consiguiente, los lances con redes agalleras, e incluso las pesquerías que utilizan redes agalleras en su totalidad pueden llevarse a cabo sin interactuar con los delfines ni causarles daño. Además, como el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento constató acertadamente y el Órgano de Apelación confirmó, la pesca con redes agalleras no es capaz de causar a los delfines los tipos de daños no observables que causan los lances sobre delfines como resultado de la "propia caza", aun cuando no se haya observado directamente la muerte de delfines.

36. México incurre también en error al sostener que los niveles de mortalidad causados por redes agalleras en las pesquerías que utilizan tales redes en el océano Índico respaldan la constatación de que todos los productos de atún procedentes de la pesca con redes agalleras deben considerarse no aptos para llevar la etiqueta *dolphin safe*. Las pruebas que obran en el expediente en relación con las pesquerías del océano Índico que utilizan redes agalleras no son indicativas de las tasas de capturas incidentales de todas las pesquerías que utilizan redes agalleras en todo el mundo. Los delfines no están distribuidos de modo uniforme en todos los océanos del mundo, y las distintas pesquerías que utilizan el mismo tipo de artes de pesca pueden tener niveles de capturas incidentales muy diferentes, dependiendo de su zona de actividad y su coincidencia espacial con las poblaciones de delfines. En particular, algunas pesquerías con redes agalleras tienen lugar en zonas en las que el riesgo para cualquier especie de delfines es escaso o desconocido. Además, hay técnicas que pueden reducir las interacciones con delfines en las pesquerías que utilizan redes agalleras y, con ello, reducir el daño potencial para los delfines. Por consiguiente, la pesca con redes agalleras globalmente presenta un menor riesgo para los delfines que los lances sobre delfines.

37. En cuanto a la pesca de arrastre, las pruebas demuestran que ese tipo de pesca no causa un nivel mayor de mortalidad de delfines que los lances sobre delfines del PTO. En particular, según los estudios sobre las pesquerías de arrastre, aunque estas pesquerías se utilizan para pescar atún, las capturas incidentales son, en general, escasas. En un estudio se ha explicado que los arrastreros causan menos mortalidad de mamíferos marinos que otros métodos de pesca tal vez debido a "la perturbación causada por las operaciones de arrastre en las aguas del fondo e intermedias, que pone sobre aviso a los cetáceos cuando van a ser capturados". Con respecto a la pesca pelágica de atún mediante redes de arrastre a la pareja, la FAO ha explicado lo siguiente: "En la mayor parte de los casos [se trata de] pesquerías de una única especie, y las tasas de capturas incidentales de otras especies son bajas ... En pocos caladeros, la captura incidental de delfines y mamíferos marinos crea algunos problemas".

38. Con respecto a la pesca con línea de mano, México ni siquiera ha afirmado que tal método de pesca cause un mayor nivel de mortalidad de delfines que el causado por los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. En realidad, México señala que no hay mortalidad de delfines u otros daños supuestamente causados por la pesca con línea de mano. Más bien, México sostiene que los buques con líneas de mano son conocidos por "perseguir" a los delfines y, por consiguiente, si la persecución de delfines es intrínsecamente perjudicial, "la medida relativa al atún debería excluir al atún capturado con línea de mano en asociación con delfines para ser imparcial". Sin embargo, ninguna prueba de México apunta a que la pesca con línea de mano en general o en el océano Índico sea en modo alguno perjudicial para los delfines, y menos aún tan perjudicial como los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.

3. Los criterios de admisibilidad guardan proporción con las diferencias de riesgo

39. Los criterios de admisibilidad guardan proporción con las diferencias en el riesgo para los delfines que representan los lances sobre delfines, por una parte, y otros métodos de pesca que producen atún potencialmente apto para el etiquetado, por otra. En primer lugar, los criterios de admisibilidad distinguen entre el único método de pesca que deliberadamente tiene como objetivo los delfines y los que no lo tienen. Debido a que deliberadamente tienen como objetivo los delfines, los lances sobre delfines son, por su propia naturaleza, intrínsecamente perjudiciales para los delfines. En cambio, otros métodos de pesca no son intrínsecamente peligrosos, ya que la intención de los buques de pesca no es interactuar con los delfines (y de hecho, la mayoría de los lances tienen lugar sin poner siquiera a un solo delfín en peligro). En segundo lugar, los criterios de admisibilidad guardan proporción con las diferencias en el riesgo para los delfines que entrañan los lances sobre delfines y otros métodos de pesca, tal como se refleja en el número de delfines que se ponen directamente en peligro cuando se emplean tales métodos. Los lances sobre delfines ponen en peligro, como promedio, a cientos de delfines todas y cada una de las veces que se emplea ese método. En cambio, otros métodos de pesca solo en muy raras ocasiones ponen en peligro a un solo delfín, como muestra el hecho de que los buques interactúan con delfines en menos del 1% de los lances en casi todas las pesquerías para las que se dispone de datos. En tercer lugar, los criterios de admisibilidad guardan proporción con las diferencias en el riesgo que plantean los lances sobre delfines y otros métodos de pesca porque excluyen de la admisibilidad a un método de pesca que puede causar daños cuantiosos no observables cada vez que se emplea,

con independencia de que se hayan matado o herido a delfines o de que las restricciones del APICD sean aplicables, al tiempo que prevén la admisibilidad de los métodos de pesca que, en general, no causan muchos de esos tipos de daños en absoluto, y no causan ninguno de esos daños sin producir la muerte o heridas graves a delfines. En cuarto lugar, los criterios de admisibilidad guardan proporción con las diferencias de riesgo porque excluyen de la admisibilidad a un método de pesca que causa una tasa más elevada de muertes y heridas graves observadas, al tiempo que prevé la admisibilidad de los métodos de pesca que causan una tasa menor de muertes y heridas graves observadas.

40. Por las razones expuestas, los criterios de admisibilidad no pueden respaldar una constatación de trato menos favorable en el marco del párrafo 1 del artículo 2.

E. Las prescripciones en materia de certificación son imparciales

41. Con arreglo a la medida de los Estados Unidos, modificada, todos los productos de atún vendidos en el mercado estadounidense como *dolphin safe* deberán acompañarse de una certificación del capitán en la que se acredite que 1) "en la expedición en que se capturó el atún no se efectuaron lances de redes de cerco u otras artes de pesca sobre delfines ni se los cercó deliberadamente"; 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. Además, para acceder a la etiqueta, el atún procedente de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO debe acompañarse de certificaciones expedidas por un observador autorizado en el marco del APICD, como ha ocurrido desde que la medida inicial entró en vigor. Por otra parte, con arreglo a la norma definitiva preliminar de 2016, los capitanes que operen fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO deberán ahora acreditar que han superado el curso de formación de capitanes del Servicio Nacional de Pesca Marítima (NMFS) sobre cuestiones relacionadas con la certificación *dolphin safe*.

42. Las prescripciones en materia de certificación cumplen la prueba de adaptación. En concreto, y como se indicó anteriormente, la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un perfil de riesgo especial que es diferente de los perfiles de riesgo de otras pesquerías. Las diferencias en las prescripciones en materia de certificación guardan proporción con esos diferentes perfiles de riesgo. Ello se debe, al menos, a dos razones.

43. <u>En primer lugar</u>, las diferencias entre las prescripciones en materia de certificación guardan proporción con las diferencias de riesgo porque la labor de verificar que el atún cumple los criterios de admisibilidad es mucho más difícil en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que en otras pesquerías. Es decir, es apropiado exigir la presencia de dos certificadores (uno de los cuales debe cumplir ciertos requisitos de formación mínimos y haber recibido algún tipo de capacitación) cuando las condiciones de certificación sean muy difíciles, y exigir la intervención de un solo certificador (que no esté sujeto a requisitos de formación mínimos, pero que haya recibido un curso de formación) cuando las condiciones sean menos difíciles. La pesquería de grandes buques de cerco del PTO es fundamentalmente distinta de otras pesquerías en lo que respecta al número de delfines en riesgo de mortalidad o herida grave como resultado de la interacción con el buque, las artes de pesca, etc., y la frecuencia con que esa interacción tiene lugar. Además, la pesquería de grandes buques de cerco del PTO difiere sustancialmente de otras pesquerías en la forma en que esa interacción se produce. Los grandes buques de cerco del PTO, en coordinación con embarcaciones de gran velocidad y un helicóptero, llevan a cabo prolongadas persecuciones de grandes manadas de delfines, que suelen durar entre 20 y 40 minutos, pero pueden mantenerse durante dos horas, y el proceso completo dura entre una y dos horas más tras el final de la persecución. Esa compleja escena -en condiciones climáticas y oceánicas variables- puede hacer muy difícil, incluso para el capitán y un solo observador, la percepción de cada interacción con delfines a lo largo de todo el proceso. No hay pruebas de que ese tipo de interacción se repita en otro lugar del mundo. En cambio, en otras pesquerías en las que las interacciones con delfines son, en general, accidentales y de alcance y duración limitados, los capitanes pueden determinar lo que ocurre con los pocos delfines que puedan encontrar.

44. <u>En segundo lugar</u>, las diferencias entre las prescripciones en materia de certificación guardan proporción con las diferencias de riesgo entre las distintas pesquerías porque cualquier diferencia en el "margen de error" resultante de las diferentes prescripciones tiene una conexión racional con las diferencias de riesgo, según expuso el miembro minoritario en el informe del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento. Es decir, incluso si las condiciones a las que se enfrentan los certificadores en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y en otras pesquerías fuesen las

mismas (que no lo son), y un capitán que desempeñase su labor fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO fuese, por consiguiente, un mecanismo menos "sensible" que un observador del APICD, la distinción reglamentaria se adapta (y, por consiguiente, es imparcial) para tolerar un mayor "margen de error" en el caso del certificador que trabaja con riesgos más bajos y tolerar un "margen de error" menor cuando los riesgos son más elevados. Los Estados Unidos han demostrado ya -y, de hecho, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento estuvo de acuerdo- que la probabilidad de causar la muerte o heridas graves de delfines es mayor en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO que fuera de ella. Por consiguiente, sigue siendo cierto, como indicó el miembro minoritario del Grupo Especial, que las diferentes prescripciones en materia de certificación "representa[n] una respuesta equitativa a los distintos perfiles de riesgo que existen en las distintas pesquerías, como lo demuestran las pruebas", incluso sin tener en cuenta que las prescripciones en materia de certificación han pasado a ser más estrictas desde el primer procedimiento sobre el cumplimiento. Teniendo en cuenta los cambios introducidos por la norma definitiva preliminar de 2016, queda incluso más claro que las prescripciones en materia de certificación representan una "respuesta equitativa" a los diferentes perfiles de riesgo que existen entre las distintas pesquerías, según demuestran las pruebas que obran en el expediente.

45. Por consiguiente, las prescripciones en materia de certificación se adaptan a los perfiles de riesgo de las diferentes pesquerías y, por tanto, son imparciales y no pueden, en consecuencia, respaldar una constatación de trato menos favorable.

F. Las prescripciones en materia de seguimiento y verificación son imparciales

46. La finalidad de las prescripciones en materia de seguimiento y verificación del régimen de seguimiento y verificación de la NOAA consiste en distinguir entre el atún que cumple la norma *dolphin safe* y el atún que no la cumple. El régimen de la NOAA se compone de elementos interdependientes de mantenimiento de registros y notificación, separación física, verificación y sanciones. La norma definitiva preliminar de 2016 estableció prescripciones adicionales en materia de mantenimiento de registros de cadenas de custodia para las empresas de transformación o importadores estadounidenses, según sea el caso. Las empresas de transformación o importadores estadounidenses deben elaborar y mantener registros relativos a cada custodio del atún o los productos de atún a lo largo de toda la cadena de custodia, con inclusión de instalaciones de almacenamiento, transbordadores, empresas de transformación, empresas de reelaboración, y vendedores al por mayor y distribuidores. Esos registros deben ser suficientes para que el NMFS pueda rastrear el atún en sentido inverso y verificar que cualquier producto de atún certificado ante el NMFS como *dolphin safe* cumpla, de hecho, las prescripciones en materia de etiquetado *dolphin safe*. Además, el mantenimiento de registros debe ser suficiente para que el NMFS pueda realizar el rastreo de cualquier atún no *dolphin safe* cargado en el buque hasta una o varias bodegas de almacenamiento u otras ubicaciones de almacenamiento en relación con determinada expedición de pesca para demostrar que ese atún no *dolphin safe* se mantuvo físicamente separado del atún *dolphin safe* desde la captura hasta la descarga.

1. Las diferencias reglamentarias entre los dos regímenes son escasas

47. El análisis de la imparcialidad llevado a cabo por el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento se basó en una comparación de los dos conjuntos distintos de prescripciones en materia de seguimiento y verificación. Dicho Grupo Especial concluyó que los dos regímenes presentaban diferencias relacionadas con el "alcance", la "exactitud" y el "grado de supervisión gubernamental".

48. Alcance. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento utilizó el término "alcance" para referirse al punto hasta el que puede rastrearse el atún en sentido inverso. El régimen del APICD requiere que el atún elaborado pueda rastrearse en sentido inverso hasta el registro de seguimiento de atún (RSA) del APICD, no hasta el lance o la bodega como indicó el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento. Por consiguiente, todo lo que debe comunicarse cuando se realice una auditoría es que el atún en cuestión se capturó en determinada expedición cubierta por el número de RSA, que el atún se capturó en uno de los lances enumerados en el RSA, y que el atún se almacenó en una de las bodegas enumeradas en el RSA.

49. Por consiguiente, no hay diferencia práctica en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación entre los regímenes del APICD y de la NOAA en cuanto al "alcance". Ambos regímenes tienen el mismo objetivo: distinguir entre el atún *dolphin safe* y el atún no *dolphin safe*, pudiendo realizar el seguimiento de esos dos tipos de atún y verificar que se han mantenido físicamente separados uno del otro desde el buque y a lo largo del proceso de elaboración. A tal efecto, ambos regímenes requieren sendos conjuntos de información para los productos de atún *dolphin safe* o no *dolphin safe* (es decir, diferentes páginas del RSA en el caso del régimen APICD y diferentes formularios 370 (o equivalentes) y certificaciones del capitán en el del régimen de la NOAA), a través de los cuales el NMFS puede rastrear en sentido inverso la trayectoria del atún.

50. Exactitud. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento utilizó el término "exactitud" para referirse al "grado de confianza en que una determinada declaración del capitán (o, cuando sea aplicable, del observador) describe adecuadamente el lote de atún al que se asigna". En opinión del Grupo Especial, "los formularios para el seguimiento del atún [del APICD] ... acompañan a capturas de atún determinadas durante todo el proceso de pesca y producción, desde el punto en que se captura el atún hasta el punto en que se vende al por menor" y "por consiguiente, un lote de atún determinado siempre se puede identificar en principio". En cambio, en lo que respecta al régimen de la NOAA, el primer Grupo Especial sobre el cumplimiento puso en duda que "determinados certificados va[ya]n unidos a lotes de atún determinados hasta el momento en que el atún llega a la fábrica de conservas" y de qué manera. La norma definitiva preliminar de 2016 dio respuesta directa a la preocupación del primer Grupo Especial sobre el cumplimiento con respecto a la "exactitud". Las empresas de transformación y los importadores estadounidenses deben ahora mantener registros que sean suficientes para que el NMFS pueda verificar la condición *dolphin safe* del atún. Tales registros deben referirse a cada custodio del atún o de los productos de atún a lo largo de la cadena de custodia, incluidas las instalaciones de almacenamiento, los transbordadores, las empresas de transformación, las empresas de reelaboración, y los vendedores al por mayor y distribuidores. En otras palabras, esta nueva prescripción en materia de mantenimiento de registros establece la obligación legal concreta de que la documentación que acredita si el atún es *dolphin safe* acompañe, de hecho, al atún a lo largo de la cadena de suministro.

51. En consecuencia, *no hay diferencia práctica* en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación entre los regímenes del APICD y de la NOAA en lo que respecta a la "exactitud". Puesto que las empresas de transformación e importadores estadounidenses deben mantener registros relativos a la cadena completa de custodia que sean suficientes para que el NMFS pueda realizar un seguimiento completo en sentido inverso del producto de atún objeto de la verificación, las prescripciones jurídicas en vigor para los regímenes del APICD y de la NOAA significan que "el grado de confianza en que una determinada declaración del capitán (o, cuando sea aplicable, del observador) describe adecuadamente el lote de atún al que se asigna" será el mismo.

52. Grado de supervisión gubernamental. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento utilizó la frase "grado de supervisión gubernamental" para referirse a "la medida en que una autoridad nacional, regional o internacional participa en el proceso de seguimiento y verificación". En opinión del Grupo Especial, en el régimen del APICD, "la información relativa a cada etapa del proceso de captura y enlatado del atún se proporciona a las autoridades nacionales y regionales, a las que se deben enviar copias de los formularios para el seguimiento del atún y que, por consiguiente, pueden verificar en cualquier etapa del proceso de captura y enlatado si un lote determinado de atún es *dolphin safe*". En cambio, en el régimen de la NOAA, a juicio del Grupo Especial, "los Estados Unidos han, diríamos, delegado la responsabilidad de elaborar sistemas de seguimiento y verificación en la propia rama de producción de atún, incluidas las fábricas de conservas y los importadores, y han decidido participar únicamente como supervisores y sobre una base *ad hoc* mediante el examen de los informes mensuales y la realización de auditorías y comprobaciones aleatorias". Con arreglo a la medida vigente, el NMFS recibe certificados *dolphin safe* en relación con todos los productos de atún vendidos en el mercado de los Estados Unidos como *dolphin safe*. Además, todas las empresas de transformación e importadores estadounidenses que comercialicen productos de atún *dolphin safe* deberán ahora mantener registros tales que permitan establecer la cadena completa de custodia del producto de atún y del atún contenido en ese producto. Por consiguiente, con respecto a la "supervisión gubernamental", la norma definitiva preliminar de 2016 redujo las diferencias entre los regímenes de la NOAA y del APICD.

2. Las diferencias en las prescripciones están adaptadas a las diferencias en el riesgo

53. Al igual que las prescripciones en materia de certificación, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación se adaptan y, por lo tanto, son imparciales, porque es apropiado utilizar un mecanismo más "sensible" cuando los riesgos de mortalidad y heridas graves de delfines son altos, y un mecanismo menos "sensible" cuando los riesgos de mortalidad y heridas graves de delfines son bajos, según expuso el miembro minoritario del Grupo Especial con respecto a las prescripciones en materia de certificación. El hecho de que, en este caso, el "mecanismo" se active tras la captura del atún no significa que el argumento de la adaptación deje de ser pertinente para esta fase del análisis, como el Órgano de Apelación ha confirmado. Por consiguiente, las diferencias entre los dos "mecanismos", es decir, entre los sistemas de seguimiento y verificación, son pequeñas, en particular si se tienen en cuenta las considerables diferencias de riesgo entre la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y otras pesquerías. Con respecto al alcance, tanto el régimen del APICD como el de la NOAA exigen que los productos del atún que sean considerados *dolphin safe* (a los efectos de cada uno de esos regímenes) puedan ser objeto de rastreo en sentido inverso hasta el buque y la expedición de pesca en que se haya realizado la captura y hasta el grupo de bodegas en las que se haya depositado el atún *dolphin safe*. Con respecto a la exactitud, ambos regímenes requieren un mantenimiento de registros de cadenas de custodia suficientes para que las autoridades nacionales puedan rastrear determinado lote de atún desde la captura y a lo largo del proceso de elaboración. Con respecto a la supervisión gubernamental, ambos regímenes permiten a la autoridad gubernamental obtener documentación "relativa a cada etapa del proceso de captura y enlatado del atún" y, por lo tanto, ambos pueden "ir más allá" de las certificaciones *dolphin safe* en la misma medida.

G. La medida, en su totalidad, es imparcial

54. Aunque los Estados Unidos consideran útil examinar las cuestiones distinción por distinción para facilitar una explicación completa de la forma en que el análisis de la adaptación se aplica en estos procedimientos, ese enfoque "segmentado" no se corresponde con el análisis que, según ha explicado el Órgano de Apelación, es necesario. Más bien, el Órgano de Apelación ha declarado que la compatibilidad con el Acuerdo OTC y el GATT de 1994 ha de determinarse sobre la base de un análisis "exhaustivo" que tenga en cuenta que las diferentes distinciones son "acumulativas y están sumamente interrelacionadas" y "concili[e]" cualquier conclusión intermedia distinta que pueda extraerse respecto de distinciones reglamentarias concretas. En particular, el Órgano de Apelación ha afirmado que el hecho de que no se pueda "sopesa[r]" una distinción reglamentaria en relación con el riesgo no significa que la medida en su totalidad deba considerarse incompatible, ya que es necesario examinar si la medida "en su totalidad" guarda proporción con el riesgo.

55. Este tipo de análisis general tiene lógica. No es función de un grupo especial de la OMC ponerse en el lugar de un organismo de reglamentación y constatar que una medida es incompatible sobre la base de una investigación hipertécnica acerca de si la medida responde a cada pequeño detalle de diferentes circunstancias en todo el mundo. El Acuerdo sobre la OMC nunca se ha interpretado en el sentido de que exija que una medida cumpla tal criterio. Más bien, el Órgano de Apelación ha indicado que el análisis debe ser del mismo tipo que los realizados por anteriores grupos especiales, es decir, destinado a determinar si la medida en su totalidad se justifica con arreglo a las pruebas disponibles. Sobre esa base, la descripción hecha por el Órgano de Apelación de la prueba de adaptación -en particular, si las distinciones reglamentarias son "proporcionadas" al riesgo- no es sustancialmente distinta de la forma en que entendió la cuestión el miembro minoritario del Grupo Especial en el anterior procedimiento. La cuestión consiste simplemente en determinar si las distinciones reglamentarias establecidas por la medida representan una "respuesta equitativa a los distintos perfiles de riesgo que existen en las distintas pesquerías, como lo demuestran las pruebas".

56. De hecho, la medida -cuando se considera en su totalidad- representa esa "respuesta equitativa" a las pruebas. En particular, las pruebas establecen que la pesquería de grandes buques de cerco del PTO tiene un mayor perfil de riesgo que otras pesquerías porque en ella se emplea ampliamente un método de pesca singularmente peligroso que no se emplea en otras pesquerías. La medida reconoce el riesgo singular que entraña para los delfines su persecución y captura deliberadas y establece distinciones entre métodos de pesca y pesquerías en función de esa diferencia de riesgo. La diferencia de riesgo "explica" las distinciones establecidas en la medida

y, a su vez, la medida se adapta al riesgo. En consecuencia, la medida es compatible con el párrafo 1 del artículo 2.

III. LA MEDIDA ES COMPATIBLE CON EL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

57. Para los fines de esta diferencia, el Órgano de Apelación ha declarado que la cuestión a la que es preciso dar respuesta para determinar si la medida refleja una "discriminación arbitrari[a] o injustificable", tal como se entiende en la parte introductoria del artículo XX, es la misma cuestión a la que hay que dar respuesta para determinar si la medida es imparcial con arreglo al párrafo 1 del artículo 2. Es decir, ¿se adapta la medida a las diferencias de riesgo de daño global existentes entre los lances sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y otros métodos de pesca empleados en otras pesquerías? Como se ha indicado, la medida se adapta, de hecho, a esas diferencias. En consecuencia, cualquier incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 está justificada en virtud del artículo XX.

ANEXO B-2

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE MÉXICO

I. INTRODUCCIÓN

1. Estos dos procedimientos, entablados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), se refieren 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) emitidas en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 sobre el cumplimiento en *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*.

2. La medida sobre el atún modificada más recientemente -es decir, la medida sobre el atún modificada por la norma definitiva preliminar de 2016- sigue siendo incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994). Además, no cumple los requisitos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y, por lo tanto, las excepciones generales del artículo XX no se aplican.

3. México ha hecho una acreditación *prima facie*, y ambas partes están de acuerdo, en cuanto a que: i) la medida sobre el atún es un "reglamento técnico" comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo OTC; ii) los productos de atún en cuestión son "similares"; y iii) la medida tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún mexicanos en el mercado estadounidense y, por lo tanto, se cumple la primera parte de la prueba del "trato menos favorable" prevista en el párrafo 1 del artículo 2. Además, México ha hecho una acreditación *prima facie*, y ambas partes están de acuerdo, en cuanto a que la medida sobre el atún de 2016 es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Asimismo, México está de acuerdo con los Estados Unidos en que la medida estaría provisionalmente comprendida en el apartado g) del artículo XX del GATT de 1994.

4. Sin embargo, México y los Estados Unidos están en desacuerdo sobre si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima o refleja la existencia de discriminación contra los productos de atún mexicanos en el marco del párrafo 1 del artículo 2, y también sobre si los requisitos de la parte introductoria del artículo XX se cumplen o no -específicamente, el requisito de que la medida no se aplique en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable-.

5. Los principales temas de desacuerdo guardan relación con la cuestión de si el trato reglamentario diferente concedido por la medida sobre el atún a los productos de atún que contienen atún capturado por la flota pesquera mexicana en la pesquería de grandes buques de cerco del océano Pacífico Tropical Oriental (PTO), por un lado, y a los productos de atún que contienen atún capturado por otros buques de pesca en otras pesquerías, por otro, se "adapta" adecuadamente en función de las diferencias pertinentes en las circunstancias -es decir, los riesgos o niveles de daño globales relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos- teniendo en cuenta los objetivos de la medida, de modo que el efecto perjudicial causado por las distinciones reglamentarias pueda conciliarse o tenga una relación racional con los objetivos de la medida.

6. Los Grupos Especiales deben interpretar y aplicar plenamente la evaluación de la adaptación descrita por el Órgano de Apelación a los efectos de determinar: i) si, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la medida sobre el atún es imparcial en el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación a la luz de las circunstancias concretas del caso o carece de imparcialidad, de forma que no pueda decirse que el efecto perjudicial se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima (por ejemplo, porque la medida se diseña o se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado); y ii) si la medida cumple los requisitos de la parte introductoria del

artículo XX o se diseña o aplica en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable.

7. Es importante señalar que siempre habrá diferencias en las circunstancias fácticas en que se aplican distinciones reglamentarias técnicas a productos similares de diferentes orígenes con efectos de restricción del comercio. La mera existencia de tales diferencias fácticas entre productos similares -por ejemplo, diferentes circunstancias de producción- no puede, por sí sola, justificar diferencias en el trato reglamentario que tengan como resultado un efecto perjudicial en un grupo de productos importados. Tal interpretación haría inútil el párrafo 1 del artículo 2 y la parte introductoria del artículo XX.

8. En consecuencia, los Grupos Especiales deben examinar detenidamente en qué circunstancias las diferencias reglamentarias equivalen a una "adaptación" que las justifica como imparciales, de forma tal que no constituyen un medio de discriminación arbitrario o injustificado. ¿Dónde debe establecerse el límite entre i) la adaptación "legítima" de las distinciones reglamentarias y ii) las distinciones reglamentarias diseñadas y aplicadas de una manera que carece de imparcialidad o constituye de otro modo un medio de discriminación arbitrario o injustificado? La determinación de dónde establecer ese límite debe ser lo suficientemente flexible para dar cabida al gran número de hechos y circunstancias diferentes que podrían surgir con respecto a una medida que persiga objetivos legítimos, pero no tan flexible como para hacer inútiles las obligaciones del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y otras disposiciones similares de los Acuerdos de la OMC.

II. LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN DE 2016

9. La medida destinada a cumplir es la medida sobre el atún modificada más recientemente, que comprende: a) el artículo 1385 ("Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines"), que figura en el subcapítulo II ("Conservación y Protección de los Mamíferos Marinos") del capítulo 31 ("Protección de los Mamíferos Marinos") del Título 16 del *United States Code*; b) la parte 216, apartado H ("Etiquetado *'dolphin safe'* del atún") del Título 50 del *US Code of Federal Regulations*, modificado por la norma definitiva de 2013 y la norma definitiva preliminar de 2016; c) la decisión judicial en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir.2007); y d) cualquier orientación de aplicación, directiva o anuncio de política o cualquier otro documento emitido en relación con los instrumentos mencionados en los apartados a) a c) *supra*, incluidas cualesquiera modificaciones o enmiendas relativas a esos instrumentos.

10. La medida sobre el atún 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, y las excepciones generales del artículo XX del GATT de 1994 no se aplican.

III. ARGUMENTO JURÍDICO

11. Para establecer una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC deben concurrir los siguientes 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 al producto nacional 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 o a productos similares originarios de otro país.

12. En los presentes procedimientos sobre el cumplimiento no se cuestiona que los dos primeros elementos mencionados *supra* concurren.

A. Trato no menos favorable

13. El Órgano de Apelación ha establecido un análisis de dos partes para evaluar si un reglamento técnico da un "trato menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. La primera parte se centra en si la medida en cuestión modifica las condiciones de competencia en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados en comparación con los productos similares nacionales o los productos similares originarios de cualquier otro Miembro. En la segunda parte se determina si cualquier efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una

distinción reglamentaria legítima o refleja una discriminación contra el grupo de productos importados.

14. No se cuestiona que la medida sobre el atún sigue modificando las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos, por lo que la primera parte de la prueba del "trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo 2 se supera.

15. Al determinar si el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial debe examinar cuidadosamente si el reglamento técnico en litigio es imparcial en el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación a la luz de las circunstancias concretas del caso. El Órgano de Apelación ha constatado que cuando una distinción reglamentaria no se ha diseñado ni se aplica de manera imparcial, no se puede considerar que esa distinción sea "legítima", y por tanto el efecto perjudicial reflejará la discriminación prohibida a tenor del párrafo 1 del artículo 2. El Órgano de Apelación también ha confirmado que, al llevar a cabo esta evaluación de la imparcialidad, un grupo especial no incurre en error al evaluar si el efecto perjudicial causado por una distinción reglamentaria puede conciliarse o tiene una relación racional con los objetivos de política que trata de alcanzar la medida en litigio, siempre y cuando al hacerlo no excluya tomar en consideración otros factores que puedan ser también pertinentes para el análisis.

16. En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación concluyó que los Estados Unidos no habían demostrado que la diferencia en las condiciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún se "adaptara" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial sobre el cumplimiento había incurrido en error en la medida en que su análisis no había abarcado, en respuesta a los argumentos de los Estados Unidos, una evaluación de si las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún modificada (es decir, con respecto a los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación) se "adaptaban" en función de los riesgos relativos de daño para los delfines derivados de distintas técnicas de pesca en distintas zonas de los océanos. Dado que los Estados Unidos defendían las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún modificada sobre la base de la "adaptación", el Órgano de Apelación consideró que tenía "especial pertinencia" realizar una evaluación de la adaptación como parte de la prueba del "trato no menos favorable" en la segunda parte del análisis del párrafo 1 del artículo 2 en esta diferencia.

17. Si bien el Órgano de Apelación describió, en términos generales, el método de evaluación de la adaptación aplicable, no pudo completar el análisis debido a la insuficiencia de constataciones fácticas o hechos no controvertidos en el expediente respecto de los riesgos o niveles de daño globales relativos para los delfines que se producen en las distintas pesquerías. En consecuencia, no pudo resolver la cuestión de si los criterios de admisibilidad diferentes, las prescripciones en materia de certificación diferentes y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes se "adaptaban" o no en función de los diferentes riesgos o niveles de daño globales relativos. No obstante, el Órgano de Apelación constató que otros aspectos del diseño de la medida (a saber, las "disposiciones relativas a las determinaciones") reflejaban falta de imparcialidad y que, solo por esta razón, los Estados Unidos no habían demostrado que las diferencias en las condiciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún modificada se adaptaran a los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos, ni que guardaran proporción con ellos.

18. En los actuales procedimientos sobre el cumplimiento, los Estados Unidos tratan de limitar la evaluación de la imparcialidad que han de realizar los Grupos Especiales en la segunda parte de la prueba del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 a una interpretación restringida del término "adaptación". Al hacerlo, los Estados Unidos pretenden excluir consideraciones, preguntas y factores pertinentes tanto para la evaluación de la adaptación como para el análisis general descrito por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, incluida la cuestión de si las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún se diseñan o se aplican de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado porque, por ejemplo, el efecto perjudicial que causan no puede conciliarse o tener una relación racional con los objetivos de la medida. A juicio de México, la evaluación de la imparcialidad es un análisis de múltiples factores que examina detenidamente el diseño, la

arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de la medida a la luz de las circunstancias concretas del caso. Este análisis se basa en los argumentos y las pruebas aducidos por las partes en la diferencia y por lo tanto incluye -pero no se limita a- la cuestión de si las distinciones reglamentarias pertinentes se "adaptan" o no en función de los riesgos de daño globales relativos que se plantean para los delfines en las distintas pesquerías.

19. En consecuencia, los Grupos Especiales deben tener en cuenta varios factores o cuestiones al realizar la prueba jurídica relativa a la "imparcialidad" y resolver al respecto, entre ellos si las distinciones reglamentarias de la medida sobre el atún pueden justificarse sobre la base de que se "adaptan" y si, como aduce México, los efectos discriminatorios constituyen una discriminación arbitraria o injustificada sobre la base de que las distinciones reglamentarias no pueden conciliarse o relacionarse racionalmente con los objetivos de política legítimos de la medida.

20. Estas cuestiones no crean pruebas jurídicas independientes o discretas; antes bien, son elementos que forman parte del análisis global de si la medida sobre el atún es o no "imparcial", y se evalúan acumulativamente, la una en relación con la otra, sobre la base de hechos y circunstancias obrantes en un expediente en común. La evaluación detenida de una cuestión o factor pertinente en el contexto de la prueba jurídica de la "imparcialidad" no debe considerarse como la realización de una prueba jurídica por separado. Como explicó el Órgano de Apelación, evaluar si una medida entraña una "discriminación arbitraria o injustificada" es "*una* de las formas de determinar si el efecto perjudicial causado por un reglamente técnico es imparcial", pero "el hecho de que una medida esté diseñada en forma tal que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificado *no* es la única manera en que una medida puede carecer de imparcialidad". Un grupo especial no debería verse impedido de tomar en consideración "*otros factores que puedan ser también pertinentes para el análisis*". A este respecto, el Órgano de Apelación ha confirmado explícitamente que, en las circunstancias de esta diferencia, una evaluación de la adaptación forma parte necesaria de la prueba jurídica de la imparcialidad, pero no es una prueba separada e independiente en y por sí misma. El Órgano de Apelación también aclaró que el análisis de la adaptación debe llevarse a cabo "teniendo en cuenta los objetivos de la medida".

21. Por consiguiente, en contra de los argumentos de los Estados Unidos, tanto el vínculo entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida y la adaptación de la medida son pertinentes para la evaluación de si la medida sobre el atún es imparcial.

1. Los riesgos para los delfines solo pueden abordarse si la etiqueta es exacta

22. La exactitud de la información suministrada a los consumidores en una etiqueta *dolphin safe* estadounidense es una consideración fundamental al determinar si el efecto perjudicial causado por la medida sobre el atún se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Esto se debe a que la evaluación de la adaptación debe llevarse a cabo "teniendo en cuenta los objetivos de la medida", lo que exige realizar una evaluación de si hay una "conexión racional" entre las distinciones reglamentarias y los objetivos de la medida. Esto está claramente reflejado en el razonamiento y las constataciones del Órgano de Apelación y los grupos especiales en anteriores procedimientos.

23. Los objetivos indiscutidos de la medida sobre el atún son: i) garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que 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.

24. Teniendo en cuenta estos dos objetivos, la evaluación de la adaptación exige realizar una evaluación de la "exactitud" de la etiqueta. Esto se debe a que una etiqueta inexacta induce a los consumidores a error acerca de si los productos de atún que compran contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines, lo que a su vez permite que el mercado estadounidense se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines. En tales circunstancias, un alto riesgo de etiquetado inexacto equivale a un alto riesgo para los delfines, lo que es contrario a ambos objetivos de la medida sobre el atún relacionados entre sí. En consecuencia, los objetivos de la medida no pueden

cumplirse si la exactitud de la información sobre la inocuidad para los delfines que figura en la etiqueta no i) se exige ni ii) se hace respetar, esto es, a través de condiciones suficientes en materia de certificación y de seguimiento y verificación.

25. El vínculo fundamental entre proteger a los delfines de la mortalidad y las heridas graves y suministrar información exacta en el etiquetado fue reconocido por el Grupo Especial inicial. En el procedimiento inicial, el Grupo Especial constató que la medida sobre el atún funcionaba sobre la base de incentivos creados por la elección de los consumidores, de modo que el logro del segundo objetivo de la medida (es decir, proteger a los delfines garantizando que el mercado de los Estados Unidos no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines) dependía en gran parte del logro del primero (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). Dicho de otro modo, los riesgos de daño para los delfines están vinculados indisolublemente a la exactitud de la información sobre la inocuidad para los delfines suministrada a los consumidores y, por lo tanto, la exactitud es una consideración necesaria y fundamental en el análisis de la adaptación.

26. La interpretación que hacen los Estados Unidos de la adaptación en el sentido de que permite, sobre la base de los hechos de la presente diferencia, que haya un "margen de error" en la exactitud de la información suministrada a los consumidores en la etiqueta *dolphin safe* es algo que no puede justificarse a los efectos de la evaluación de la imparcialidad en la segunda parte de la prueba del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, ni a los de la evaluación de la existencia de una discriminación arbitraria e injustificable en el marco de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

27. Al aducir que la exactitud de la etiqueta no es pertinente para la prueba de la adaptación, los Estados Unidos restringen incorrectamente la prueba a una evaluación de los "riesgos" (es decir, de mortalidad y heridas graves de delfines) aisladamente del mecanismo que aborda esos riesgos (es decir, el suministro a los consumidores de información sobre la inocuidad para los delfines en la etiqueta aplicada a los productos de atún en el mercado estadounidense). El Órgano de Apelación ha explicado que la prueba de la adaptación se centra en "cómo *se abordan* los riesgos" y no en los riesgos de forma aislada. Los riesgos se abordan a través de la etiqueta *dolphin safe* que, a su vez, se rige por las condiciones en materia de etiquetado. Las diferencias en las condiciones en materia de etiquetado incluyen diferencias que guardan relación con la exactitud de las etiquetas.

28. México no está obligado a aducir pruebas que demuestren casos reales en que productos de atún que contenían atún no *dolphin safe* capturado fuera del PTO fueron etiquetados erróneamente como *dolphin safe*. A los efectos de establecer la falta de imparcialidad con arreglo a la segunda parte de la prueba jurídica del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y la discriminación arbitraria con arreglo a la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, México solo está obligado a acreditar *prima facie* 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, los productos de atún que contienen atún no *dolphin safe* capturado fuera del PTO podrían entrar en el mercado de los Estados Unidos etiquetados de manera errónea como *dolphin safe*. La carga luego se desplaza a los Estados Unidos para que den suficientes explicaciones sobre cómo pueden prevenirse tales casos en la aplicación de las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún.

29. En *CE - Productos derivados de las focas,* por ejemplo, el Órgano de Apelación consideró que la mera posibilidad de que la medida en litigio se aplicara de manera que se pudieran caracterizar erróneamente los productos con una condición de mercado ventajosa bastaba para acreditar *prima facie* una discriminación arbitraria o injustificada, por lo que la carga de la prueba se desplazó al Miembro demandado. A este respecto, el Órgano de Apelación indicó que incumbía a la Unión Europea dar explicaciones suficientes sobre cómo podían prevenirse los casos de tal caracterización errónea en la aplicación de la medida en litigio.

30. En los procedimientos en curso, México ha acreditado *prima facie* que, debido a las lagunas y deficiencias en los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, los productos de atún obtenidos de atún capturado fuera del PTO en circunstancias no *dolphin safe* -que por lo tanto no reúnen debidamente las condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*- podrían entrar en el mercado de

los Estados Unidos etiquetados de manera errónea como *dolphin safe*. México no solo ha demostrado que hay lagunas, sino también que la Comisión Europea ha constatado que los principales proveedores de atún al mercado estadounidense -Tailandia, Filipinas y el Taipei Chino- tienen una reglamentación de las flotas pesqueras y las industrias de transformación muy deficiente, lo que significa que no podrían asegurar las procedencias de sus productos alimentarios marinos. Es decir, en pesquerías distintas de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, factores tales como las deficiencias en el mantenimiento de registros, los transbordos y la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDR) pueden dar origen a notorias deficiencias en la exactitud de la información, incluida la información sobre la inocuidad para los delfines. Además, los Estados Unidos no tienen competencia para auditar los buques de pesca extranjeros, los buques de transporte y las empresas de transformación extranjeras. Las empresas de transformación e importadores estadounidenses están obligados a reunir la documentación, pero no a confirmar la validez de la información que esta contiene.

2. La medida no se adapta en función de los riesgos o niveles de daño globales relativos que se plantean para los delfines en las distintas pesquerías

31. Es importante recordar que el concepto de "adaptación" se planteó por primera vez en el procedimiento inicial como un argumento defensivo de los Estados Unidos, no como un análisis independiente desarrollado por el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación desarrolló aún más el concepto de "adaptación" como una posible justificación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, también en relación con los argumentos de los Estados Unidos.

32. Con arreglo a la orientación proporcionada por el Órgano de Apelación en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, en la evaluación de la adaptación en la presente diferencia se debe examinar si las diferencias reglamentarias *de jure* y *de facto* -es decir, las "distinciones reglamentarias pertinentes" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC- se "adaptan" en función de los diferentes riesgos relativos (es decir, la probabilidad) de que los delfines sufran efectos perjudiciales (es decir, mortalidad y heridas graves) en el curso de operaciones de pesca de atún por la utilización de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. Las diferencias se adaptan si "no son desproporcionadas a", "son proporcionadas a" y se "adecuan debidamente a" los diferentes "riesgos o niveles de daño globales relativos" para los delfines -incluidas la mortalidad y las heridas graves observables y no observables- asociados a la pesca de atún utilizando distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos, "teniendo en cuenta" y "a la luz de" los objetivos de la medida. El examen de los objetivos de la medida incorpora la exigencia de que el efecto perjudicial causado por las distinciones reglamentarias se concilie o tenga una relación racional con los objetivos de la medida.

33. Para aplicar la prueba de la adaptación, los Grupos Especiales deben, en primer lugar, identificar las diferencias en los "perfiles de riesgo" de los distintos "métodos de pesca" en las distintas "zonas de los océanos". En estos procedimientos, las cuestiones relativas a los perfiles de riesgo relativos son "más pronunciada[s]" y es necesaria una evaluación detallada que refleje una "comprensión [..] exhaustiva de los perfiles de riesgo relativos". El "riesgo" se refiere a la probabilidad de mortalidad o heridas graves de los delfines. La probabilidad de mortalidad o heridas graves de los delfines (es decir, el perfil de riesgo) debe evaluarse tanto en relación con los métodos de pesca como en relación con las zonas de pesca de los océanos. Al determinar el perfil de riesgo de una pesquería es necesario centrarse tanto en el método de pesca como la zona oceánica, porque el riesgo para los delfines derivado de un determinado método de pesca puede cambiar en función de la zona de pesca. Asimismo, el riesgo para los delfines en una determinada zona de pesca puede cambiar en función del método de pesca que se utilice en esa zona. La evaluación comparativa de los riesgos globales relativos en distintas zonas de los océanos también debe tener en cuenta la fiabilidad del mantenimiento de registros y la notificación -es decir, la exactitud de la información suministrada y los niveles de pesca INDR- por los proveedores de atún en esas zonas, incluidos el nivel y la eficacia de la supervisión gubernamental de las actividades comerciales de los buques atuneros, intermediarios, transbordadores y productores de productos de atún.

34. Por último, al evaluar los diversos factores que componen los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca y las distintas zonas de los océanos, los Grupos Especiales deben tener en cuenta la naturaleza de las pruebas en que se basaron los Estados Unidos para establecer esos factores. En los casos en que los Estados Unidos se basan en presunciones precautorias o en una

norma de la prueba poco exigente para evaluar el perfil de riesgo de un método de pesca y una zona oceánica, deben utilizarse una presunción o una norma de la prueba poco exigente similares para evaluar los perfiles de riesgo de otros métodos de pesca en otras zonas de los océanos. Hacer lo contrario sería arbitrario e injustificado.

a. Determinación de los perfiles de riesgo de los distintos métodos de pesca en distintas zonas oceánicas

35. De conformidad con la orientación del Órgano de Apelación, al evaluar si la medida se adapta los Grupos Especiales deben llevar a cabo un análisis comparativo de los riesgos o niveles de daño globales relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial limitó su comparación a lo que caracterizó como los efectos perjudiciales "no observables" causados por distintos métodos de pesca. El Órgano de Apelación rechazó este enfoque y determinó que la comparación debe tener en cuenta la totalidad de los efectos perjudiciales causados por un método de pesca, incluidas la mortalidad y las heridas graves directas y observables. A este respecto, el Órgano de Apelación consideró que al centrarse exclusivamente en su interpretación de que los daños no observados diferían según se tratara de lances sobre delfines o de otros métodos de pesca, el Grupo Especial no consideró los riesgos relativos planteados por los métodos de pesca pertinentes con respecto a la mortalidad o las heridas graves observables y, por lo tanto, no resolvió las cuestiones de los niveles de riesgo globales en las distintas pesquerías y cómo son los unos en comparación con los otros. El Órgano de Apelación consideró específica y expresamente que tal examen era necesario para evaluar si las diferencias en las condiciones del etiquetado *dolphin safe* de conformidad con la medida sobre el atún modificada se adecuan debidamente a esos riesgos respectivos y guardan proporción con ellos.

36. Del razonamiento del Órgano de Apelación se desprende claramente que los perfiles de riesgo deben determinarse objetivamente con respecto a los distintos métodos de pesca y zonas de pesca pertinentes, de manera que reflejen las consecuencias de todos los factores que afectan a la probabilidad de mortalidad y heridas graves totales o "globales" (es decir, observadas y no observadas) causadas a los delfines por cada uno de los métodos de pesca en cuestión en cada zona de los océanos en cuestión. Una vez que tales perfiles de riesgo se han determinado, pueden compararse para identificar las diferencias en los riesgos o niveles de daño globales relativos. El diseño y la aplicación de los criterios de admisibilidad, prescripciones en materia de certificación y prescripciones en materia de seguimiento y verificación diferentes pueden entonces examinarse detenidamente a la luz de estas diferencias para determinar si las distinciones reglamentarias son proporcionadas o se adecuan o no -es decir, se "adaptan" de manera imparcial- a los diferentes perfiles de riesgo que se plantean en las distintas pesquerías.

37. No es necesario que los Grupos Especiales lleven a cabo una comparación exhaustiva de los perfiles de riesgo correspondientes a todos los métodos de pesca en todas las zonas de los océanos. Antes bien, el alcance del análisis de los Grupos Especiales en la presente diferencia viene determinado, en gran medida, por las pruebas aducidas por las partes. En su calidad de parte que afirma que la medida sobre el atún se "adapta", los Estados Unidos tienen la carga de demostrar que han adecuado debidamente las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado diferentes en función de los diferentes riesgos o niveles de daño globales relativos que se plantean en las distintas pesquerías. Los Estados Unidos deben satisfacer esta carga para refutar la acreditación *prima facie* efectuada por México en el marco del párrafo 1 del artículo 2 de que la medida no se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. En particular, México ha demostrado que las deficiencias y lagunas en el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación de las distinciones reglamentarias dan lugar, a la luz de las circunstancias concretas del caso, al suministro a los consumidores de información inexacta sobre la inocuidad para los delfines, lo que está en contradicción directa con ambos objetivos de la medida. Por lo tanto, no puede afirmarse que la distinción reglamentaria se haya diseñado y aplicado de manera imparcial. Los Grupos Especiales solo necesitan constatar que hay pruebas de un ejemplo en el que la medida no es proporcionada o no se adecua debidamente a los riesgos o niveles de daño globales relativos para que se constate que los Estados Unidos no han satisfecho su carga. Si bien las pruebas presentadas por México demuestran varios ejemplos de métodos de pesca y pesquerías que plantean riesgos globales relativos para los delfines equivalentes o superiores a los que plantea la pesca de atún en el PTO conforme con el Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD), las condiciones y prescripciones en materia de etiquetado de la medida sobre el atún son menos estrictas con

respecto a esas pesquerías. Este resultado es incompatible con el concepto de adaptación descrito por el Órgano de Apelación.

38. En las circunstancias de la presente diferencia, los factores determinantes para establecer los perfiles de riesgo a efectos de la evaluación de la adaptación son i) la existencia de mortalidad y heridas graves, observadas y no observadas, de los delfines y ii) la magnitud de esa mortalidad y heridas graves. Estos factores reflejan los "resultados" agregados de todos los demás factores de riesgo que se han examinado en esta diferencia. Si bien los Estados Unidos tratan de incluir como factor adicional la descripción subjetiva del método de pesca de cercamiento de delfines conforme con el APICD como "especialmente dañino" simplemente porque implica interacciones deliberadas con delfines, México hace hincapié en que al atribuir riesgo a las características de la actividad pesquera y, al mismo tiempo, a las pruebas de mortalidad y heridas graves de delfines, observadas y no observadas, los riesgos o niveles de daño globales relativos se computarán por partida doble. Por esta razón, el Órgano de Apelación no incluyó una descripción subjetiva de las técnicas de pesca en el método que describió para determinar los perfiles de riesgo. En consecuencia, son los resultados o consecuencias medibles de un método de pesca, puestos de manifiesto en los niveles agregados totales de mortalidad y heridas graves de delfines, observables y no observables, los que deben evaluarse, y no presunciones extrapoladas de descripciones subjetivas de los rasgos o las características de los métodos de pesca.

39. El enfoque más científico y objetivo para determinar los perfiles de riesgo sería utilizar las tasas de eliminación biológica potencial (EBP) correspondientes a las pesquerías pertinentes a efectos de determinar si las poblaciones de delfines están sufriendo efectos perjudiciales debidos al método de pesca, y en qué medida. Otro enfoque sería examinar los niveles globales estimados de mortalidad en todo el mundo de los distintos métodos de pesca sobre la base de las pruebas disponibles obrantes en el expediente. La negativa de los Estados Unidos a utilizar los niveles de EBP para evaluar si los distintos métodos de pesca y pesquerías específicas son inocuos para los delfines es incompatible con la forma en que los Estados Unidos regulan sus propias pesquerías, incompatible con el enfoque adoptado en su nueva reglamentación de la Ley de Protección de los Mamíferos Marinos y contraria a los métodos científicos. Si una pesquería es pequeña, pero los niveles del daño causado por el método de pesca están agotando las poblaciones locales de delfines, entonces permitir que el atún capturado mediante esos métodos en esas pesquerías se comercialice como "*dolphin safe*" (es decir, porque la cifra absoluta de delfines a los que se dio muerte es inferior a la de pesquerías más grandes) es incompatible con la protección de los delfines y contrario a los objetivos de la medida sobre el atún.

40. Subsidiariamente, si los Estados Unidos hacen caso omiso de las mediciones científicas y justifican la exclusión del método de pesca conforme con el APICD utilizado por México sobre la base de una presunción precautoria especulativa de que está causando una magnitud desconocida de daños no observables en todos los lances de pesca, entonces *el mismo tipo de presunción y especulación precautorias debe aplicarse a otros métodos de pesca y otras regiones oceánicas.* Dicho de otro modo, cuando haya pruebas creíbles de que los delfines han sufrido daños debido a un método de pesca, debe presumirse que hay daños generalizados, directos e indirectos, causados por ese método de pesca *salvo que se pruebe lo contrario con absoluta certidumbre.* Sin embargo, los Estados Unidos hacen lo contrario. A todos los métodos de pesca distintos del cercamiento de delfines, los Estados Unidos les aplican una presunción de que los delfines no sufren daños salvo que se demuestre lo contrario (una presunción que se beneficia del déficit general de datos completos o fiables sobre mortalidad de delfines causada por la pesca comercial de atún fuera del PTO). Si la misma norma de presunción no se aplica a todos los métodos de pesca que causan mortalidad y heridas graves a los delfines, sino que se aplican diferentes normas de presunción arbitrariamente, entonces no puede afirmarse que la medida sobre el atún se aplique de manera imparcial.

41. La presunción favorable que los Estados Unidos aplican a las pesquerías no situadas en el PTO en el marco de la medida sobre el atún es incongruente con el reglamento que los Estados Unidos emitieron recientemente para aplicar la Ley de Protección de los Mamíferos Marinos, en virtud del cual los Estados Unidos, tras un período de gracia de cinco años, prohibirán totalmente las importaciones de productos alimentarios marinos procedentes de pesquerías que el país exportador no pueda demostrar que no estén teniendo efectos en la población de mamíferos marinos. Esta incongruencia pone de relieve la arbitrariedad de la norma que los Estados Unidos aplican en el marco de la medida sobre el atún, con arreglo a la cual se permite que los productos se etiqueten y publiciten como *dolphin safe* sin pruebas fiables que respalden tal alegación.

42. Es importante señalar que, en el procedimiento inicial, el Grupo Especial determinó que las poblaciones de delfines afectadas por técnicas de pesca distintas de los lances sobre delfines se enfrentan con riesgos equivalentes, por lo menos, a los que afrontan actualmente las poblaciones de delfines del PTO bajo la supervisión del APICD. Los Estados Unidos no han presentado pruebas que justifiquen que se haga caso omiso de esa determinación.

43. ***Pesca con redes agalleras.*** Los Estados Unidos han admitido que las pesquerías de atún en que se utilizan redes agalleras del Irán, la India, Sri Lanka, el Pakistán, Omán, el Yemen, Tanzanía, los Emiratos Árabes Unidos, Mozambique y la Arabia Saudita en el océano Índico tienen, todas ellas, tasas de captura incidental de delfines sensiblemente superiores a las de los lances con redes de cerco sobre delfines en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO. Sin embargo, los productos de atún elaborados con atún capturado utilizando el método de pesca con redes agalleras en general -incluido el atún capturado en estas pesquerías en que se utilizan redes agalleras en particular- siguen pudiendo acceder a la etiqueta *dolphin safe* estadounidense. Además, esta posibilidad de acceso está supeditada a prescripciones y condiciones más flexibles que las aplicables a la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.

44. Las pruebas aducidas por México demuestran que el método de pesca con redes agalleras es sumamente destructivo para los delfines. La aplicación arbitraria por los Estados Unidos de las disposiciones relativas a las determinaciones a las pesquerías del océano Índico en que se emplean redes agalleras, exclusivamente sobre la base de las pruebas aducidas por México en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, plantea serias interrogantes sobre por qué no han hecho que los productos de atún elaborados con atún capturado con redes agalleras no puedan acceder a la etiqueta *dolphin safe*. Los Estados Unidos aducen que, en principio, la pesca con redes agalleras puede ser inocua para los delfines si se lleva a cabo en una zona oceánica donde no haya delfines. En respaldo de esta afirmación, los Estados Unidos citan un informe sobre pesquerías estadounidenses que incluye algunas que no se han considerado peligrosas para los mamíferos marinos. Sin embargo, las pesquerías a las cuales se refieren los Estados Unidos no son pesquerías de atún y, en cualquier caso, en el mismo documento se identifica un total de 26 pesquerías en que se emplean redes agalleras designadas como pesquerías que entrañan riesgos para los mamíferos marinos. No hay ninguna explicación razonable de por qué los Estados Unidos no han hecho que la pesca con redes agalleras sea un método no apto para capturar atún *dolphin safe.*

45. ***Pesca con palangre.*** Hay en el expediente abundantes pruebas no controvertidas de que los palangres matan y mutilan a los delfines y de que la pesca con palangre está amenazando a la viabilidad de las poblaciones de delfines en algunas pesquerías.

46. 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.

47. En particular, 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". El Departamento de Comercio de los Estados Unidos ha establecido un "plan de reducción de las capturas" para proteger a esos delfines. Sobre la base de los datos de esta pesquería, en un informe sobre la pesca con palangre publicado por el Proyecto para la recuperación de la tortuga marina se estima que este método de pesca da muerte cada año a más de 18.000 delfines en el océano Pacífico. Los Estados Unidos también han designado la "pesquería pelágica con palangre del Atlántico" -en una zona de la costa este de los Estados Unidos- como una pesquería perjudicial para los mamíferos marinos que exige adoptar un "plan de reducción de las capturas" y han formado un Equipo para la Reducción de las Capturas mediante la Pesca Pelágica con Palangre.

48. Los Estados Unidos aducen que la cifra total de muertes de delfines debidas a la pesca con palangre <u>notificada</u> es inferior a la de los lances sobre delfines en el PTO, y que la cifra de "interacciones" por lance <u>notificada</u> es baja. No obstante, no hay programas globales para vigilar el daño causado a los delfines mediante la pesca con palangre y el porcentaje de lances de pesca observados es demasiado bajo para extraer conclusiones significativas desde el punto de vista científico. 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.

49. Las pruebas obrantes en el expediente establecen que la pesca con palangre mata a decenas de miles de delfines por año. Este nivel de daño supera los efectos perjudiciales del cercamiento de delfines conforme con el APICD en el PTO. A pesar de estos hechos, la medida sobre el atún permite que el atún capturado utilizando palangres se emplee para producir productos de atún que pueden acceder a la etiqueta *dolphin safe* estadounidense, mientras que los productos de atún producidos utilizando atún capturado en lances con redes de cerco sobre delfines conformes con el APICD nunca pueden acceder a la etiqueta, aunque un observador científico independiente certifique que no se dio muerte ni hirió a ningún delfín en un lance de pesca.

50. ***Pesca de arrastre.*** El Grupo Especial constató en el primer procedimiento sobre el cumplimiento que la pesca de atún con redes de arrastre da lugar a mortalidad de delfines. En un artículo publicado por Greenpeace International se informa de la importante mortalidad de delfines causada por el método de pesca con redes de arrastre, y se incluye un ejemplo en que se dio muerte a 30 delfines en una sola redada. Si bien no se cuestiona que la pesca de arrastre sea un método de pesca sumamente destructivo que mata a delfines en muchas pesquerías, los Estados Unidos aplican una presunción de que es un método de pesca inocuo para los delfines que debería ser apto para la etiqueta *dolphin safe*. Como en los casos de la pesca con redes agalleras y con palangre, no es imparcial que la medida sobre el atún excluya incondicionalmente el método de pesca inocuo para los delfines conforme con el APICD de la producción de atún apto para los productos *dolphin safe*, pero no excluya el método de arrastre.

51. ***Pesca con líneas de mano.*** Está firmemente establecido que el atún se asocia habitualmente con los delfines en el océano Índico y otras zonas oceánicas, como lo hacen en el PTO, y que los pescadores que utilizan líneas de mano persiguen manadas de delfines específicamente para localizar el atún que nada debajo de ellas.

52. Las pruebas de México establecen que i) el PTO no es el único lugar en el mundo donde el atún se asocia normalmente con los delfines, como han aducido los Estados Unidos, y ii) que otros métodos de pesca deliberadamente "tienen como objetivo" los delfines para encontrar atún. Además, si, como los Estados Unidos aducen, se presume que "perseguir" delfines para localizar atún es "intrínsecamente" o "especialmente" dañino para los delfines, independientemente de que se hayan causado mortalidad o heridas graves de delfines al hacerlo, entonces la medida sobre el atún debe excluir el atún capturado mediante líneas de mano en asociación con delfines para ser imparcial.

53. ***Pesca con redes de cerco no reglamentada.*** Los Grupos Especiales, en el procedimiento inicial y en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, constataron que la pesca con redes de cerco en general puede dar lugar a considerables capturas incidentales de delfines, incluso si no implica el cercamiento de delfines. En los procedimientos en curso, las pruebas obrantes en el expediente establecen que los lances de redes de cerco sobre objetos flotantes, como los dispositivos de concentración de peces (DCP), son un método sumamente destructivo y que las pesquerías en que se utilizan DCP causan miles de muertes de delfines. Las pruebas incluyen, por ejemplo, un informe patrocinado por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos en el cual los científicos estimaron que una flota de cinco buques de cerco dedicados a la pesca de atún mediante dispositivos de concentración de peces daba muerte todos los años a unos 2.000 delfines en Filipinas, y un informe en el cual se observó que en un único lance sobre DCP se dio muerte a 180 delfines, entre otras cosas. Sobre la base de estas pruebas, no es imparcial que la medida sobre el atún permita que los productos de atún elaborados con atún capturado en lances con redes de cerco sobre DCP puedan acceder a la etiqueta *dolphin safe* estadounidense, mientras prohíbe que los productos de atún elaborados con atún capturado utilizando el método de pesca inocuo para los delfines conforme con el APICD accedan condicionalmente a ella.

54. ***Pesca mediante cercamiento de delfines con redes de cerco conforme con el APICD.*** En virtud de que el APICD prescribe un 100% de cobertura por observadores (por observadores científicos independientes y altamente calificados), la pesquería de grandes buques de cerco del PTO cuenta con los datos más exhaustivos, exactos y fiables sobre mortalidad de delfines del mundo. Las pruebas relativas a la existencia de mortalidad directa observada causada por el método de cercamiento de delfines conforme con el APICD, y a su magnitud, no se cuestionan.

Estas pruebas demuestran que, en 2015, un 96,4% de los lances con redes de cerco sobre delfines se hicieron sin causar mortalidad ni heridas graves directas a delfines.

55. México no está de acuerdo en que la mortalidad y las heridas graves no observadas resultantes de lances inocuos para los delfines conformes con el APICD, si es que estas existen, siempre ocurran en cada lance o sean importantes. Esto es una presunción (es decir, el Grupo Especial que entendió en el procedimiento inicial consideró que había "pruebas suficientes para que se presuma que existen auténticas preocupaciones") y se basa en pruebas que intentan explicar las estimaciones de bajo crecimiento de la población que México ha refutado categóricamente en los procedimientos en curso con pruebas más recientes.

56. Las únicas pruebas científicas objetivas de la magnitud de cualquier daño no observable causado por el cercamiento de delfines conforme con el APICD son las pruebas relativas al crecimiento de las poblaciones de delfines en el PTO. Las pruebas más recientes identifican errores en las anteriores encuestas de evaluación de la población que indican que es probable que las poblaciones se subestimaran considerablemente. Uno de los autores del Departamento de Comercio que participaron en las anteriores encuestas sobre población de delfines ha concluido a partir de las pruebas más recientes que hay una gran probabilidad de que, debido a las deficiencias en el diseño y la realización de las encuestas de población, la población de delfines moteados nororientales se haya subestimado en más de un 60%, y la población de delfines giradores orientales se haya subestimado en un 73%. Además, los Estados Unidos se adhirieron en 2009, sobre la base de estimaciones de población, a una decisión adoptada por las partes en el APICD con el asesoramiento del Comité Consultivo Científico, de aumentar los "límites de mortalidad de población" (LMP) en el PTO para las dos poblaciones de delfines más afectadas en la pesquería de atún y que los Estados Unidos han designado como "sujetas a agotamiento" - de 648 a 793 en el caso del delfín moteado nororiental, y de 518 a 655 en el del delfín girador oriental. La medida del Departamento de Comercio de los Estados Unidos de acceder a aumentar los LMP con respecto a las dos poblaciones "sujetas a agotamiento" contradice la afirmación de los Estados Unidos de que hay un fundamento razonable para presumir que "podría haber" miles de muertes no observadas.

57. En general, las pruebas obrantes en el expediente demuestran que la mortalidad directa en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO está claramente dentro de los límites de sostenibilidad, mientras que las indicaciones de que existen efectos indirectos y no observables son especulativas y no se han demostrado (y generalmente se plantean para tratar de explicar la premisa errónea de que las poblaciones de delfines no están recuperándose a las tasas previstas).

b. Criterios de admisibilidad

58. Los criterios de admisibilidad especifican cuáles son los métodos de pesca cuya utilización está prohibida para capturar atún que pueda designarse como *dolphin safe*. Actualmente, solo dos métodos son inadmisibles: el cercamiento de delfines y la pesca en gran escala por redes de deriva en alta mar. Todos los demás métodos de pesca son admisibles para capturar atún que pueda designarse como *dolphin safe* siempre que se cumplan las demás condiciones en materia de etiquetado. Esta diferencia de trato entre los métodos de pesca inadmisibles y admisibles no es imparcial.

59. Las pruebas obrantes en el expediente establecen que cada año se da muerte a cientos de miles de delfines y otros mamíferos marinos en operaciones de pesca comercial. Los Estados Unidos no han demostrado que los métodos de pesca de atún distintos del método de cercamiento de delfines conforme con el APICD en zonas de los océanos fuera del PTO no den lugar a riesgos o niveles de daño globales relativos equivalentes o superiores para los delfines.

60. En particular, los criterios de admisibilidad permiten que el atún capturado en pesquerías en que se emplean redes agalleras en el océano Índico (donde los Estados Unidos estiman que cada año se producen más de 60.000 muertes de delfines) siga pudiendo acceder a la etiqueta *dolphin safe* estadounidense, mientras que prohíben que el atún capturado utilizando lances de cercamiento de delfines conformes con el APICD, en los que no se dio muerte ni hirió a ningún delfín, puede acceder a ella. Esto de por sí es suficiente para establecer que la medida sobre el atún no es proporcionada ni se adecua debidamente a los riesgos o niveles de daño globales

relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.

61. Además, en virtud de la medida sobre el atún, todo el atún capturado durante una expedición en que se realizó un lance de cercamiento de delfines, aunque sea una vez, queda excluido. Dicho de otro modo, si durante una expedición de dos meses un buque de pesca hizo un lance de cercamiento de delfines, mientras que todos sus demás lances fueron sobre DCP o sobre bancos independientes, y no se dio muerte ni hirió gravemente a ningún delfín durante ninguno de los lances, todo el atún capturado por el buque quedaría excluido de la posibilidad de acceder a la etiqueta *dolphin safe*. A la inversa, en el caso identificado por México en que un buque de pesca en el Pacífico occidental mató a 180 delfines en un único lance de redes de cerco sobre DCP, todo el atún capturado por ese buque en otros lances durante la misma expedición era apto para llevar la etiqueta *dolphin safe*.

62. En consecuencia, un examen detenido del diseño y la aplicación de criterios de admisibilidad a la luz de las circunstancias concretas del caso pone de manifiesto que las distinciones reglamentarias establecidas en la medida sobre el atún carecen de imparcialidad, de forma que no puede decirse que el efecto perjudicial se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Además, esto pone de manifiesto que las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún entre el atún capturado en el PTO utilizando el método de pesca inocuo para los delfines conforme con el APICD y el atún capturado utilizando otros métodos de pesca en otras zonas oceánicas claramente no son proporcionadas ni se adecuan debidamente a los riesgos o niveles de daño globales relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.

c. Las prescripciones en materia de certificación

63. Cada uno de los productos de atún mexicanos que contienen atún capturado por un gran buque de cerco en el PTO debe estar respaldado por una declaración firmada de un observador científico independiente y muy capacitado a bordo del buque. La única función del observador previsto en el APICD es, específicamente, observar todos los procedimientos relacionados con delfines durante los lances de pesca, vigilar el cumplimiento de todos los procedimientos obligatorios de protección de los delfines y proporcionar informes escritos (que después revisa el Panel Internacional de Revisión del APICD) sobre todas y cada una de las capturas incidentales e interacciones con mamíferos marinos, incluida la detección y notificación de todas las muertes o heridas graves causadas a delfines en el curso de un lance de pesca. En cambio, el atún capturado fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO solo tiene que ser certificado como *dolphin safe* por el propio capitán del buque de pesca que lo captura. A diferencia del observador independiente en el PTO, el capitán tiene varias otras funciones importantes que son prioritarias, por ejemplo, el manejo de la embarcación, la realización de maniobras de pesca y la seguridad de la tripulación, entre otras. Estas otras funciones exigen que el capitán les preste atención durante los lances de pesca o los empleos de artes. En la práctica, el capitán de un pesquero fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO estará i) distraído y no podrá dedicar toda su atención a identificar la mortalidad o las heridas graves de delfines o ii) en realidad, debido a sus demás funciones no podrá observar el lance de pesca en absoluto.

64. En el primer procedimiento sobre el cumplimiento, el Grupo Especial determinó que las pruebas parecían indicar de manera convincente que certificar si se ha dado muerte o se ha herido gravemente a un delfín en un lance u otro empleo de artes es una tarea sumamente compleja. A este respecto, el Grupo Especial constató que el hecho de que la propia medida sobre el atún reconociera la necesidad de formación e instrucción a fin de dotar a las personas de los conocimientos técnicos necesarios para garantizar que puedan certificar debidamente la condición *dolphin safe* de una captura de atún era "especialmente revelador". El Grupo Especial concluyó que los Estados Unidos no habían refutado las pruebas de México de que los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas para certificar que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín en un lance u otro empleo de artes, lo cual puede tener como resultado que se transmita a los consumidores información inexacta, en contra de los objetivos de la medida.

65. En los procedimientos en curso, el programa de "formación" en línea que los Estados Unidos supuestamente imparten a los capitanes de buques de pesca en el marco de la nueva medida sobre el atún es superficial y está lleno de términos ambiguos. Además, el Departamento de

Comercio no cuenta con ningún mecanismo para verificar que un capitán haya leído el breve documento de formación o entienda adecuadamente su contenido. Asimismo, dos de los principales proveedores de productos de atún a los Estados Unidos han afirmado que no será posible aplicar o hacer cumplir estas prescripciones de formación. En consecuencia, esta modificación no ha subsanado las deficiencias y lagunas que llevaron al primer Grupo Especial sobre el cumplimiento a determinar que los capitanes pueden no poseer siempre y necesariamente las aptitudes técnicas precisas.

66. Como México ha observado previamente, la exactitud de la información sobre la inocuidad para los delfines suministrada a los consumidores en la etiqueta estadounidense es esencial para alcanzar los objetivos de la medida. Si la certificación es errónea, entonces el error se reproducirá a lo largo de todo el procedimiento de seguimiento y verificación -en la medida que exista un procedimiento de seguimiento y verificación operativo- con la consecuencia de que el producto de atún producido utilizando ese atún se etiquetará erróneamente. Como se explicó *supra*, si hay un alto riesgo de que se suministre a los consumidores información inexacta sobre la inocuidad para los delfines, hay un alto riesgo de que el mercado estadounidense se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que cause efectos perjudiciales en los delfines. En consecuencia, un mayor riesgo de certificación errónea en una zona de los océanos da lugar a un mayor riesgo global de causar daños a los delfines en esa zona.

67. En consecuencia, un factor pertinente e importante, tanto en la evaluación de la "conexión racional" como en la evaluación de la "adaptación", es que determinados proveedores importantes de atún para el mercado estadounidense han sido objeto de informes detallados elaborados por la Comisión Europea que los identifican como países que no han cooperado para combatir la pesca INDR y no son fiables por lo que se refiere al mantenimiento de registros y la notificación de manera exacta o completa. Por ejemplo, se constató que Filipinas tenía carencias en materia de verificación de los cuadernos de bitácora. Se constató que los buques del Taipei Chino tenían información contradictoria relativa a las capturas, las declaraciones del capitán, los cuadernos de bitácora, los documentos estadísticos de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (CICAA) y *las* declaraciones *de inocuidad para los delfines.* Los Estados Unidos no han dado ninguna explicación sobre cómo o por qué las autocertificaciones de los capitanes de las flotas de estos países deben considerarse fiables o exactas.

68. Dado que la orientación del Órgano de Apelación es evaluar si la medida sobre el atún se adapta a los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca *en distintas zonas de los océanos*, es pertinente y adecuado que los Grupos Especiales evalúen la aplicación de las distinciones reglamentarias, no solo sobre la base de los métodos de pesca, sino también sobre la base de dónde se utilizan. La fiabilidad (o la falta de fiabilidad) de una flota pesquera o de las autoridades reguladoras que supervisan la flota son factores pertinentes en el análisis.

d. Las prescripciones en materia de seguimiento y verificación

69. En contra de las afirmaciones, los argumentos y las supuestas pruebas de los Estados Unidos, siguen existiendo notables diferencias entre el diseño y la aplicación de los regímenes de seguimiento y verificación diferentes de la medida sobre el atún aplicables al atún capturado por los grandes buques de cerco en el PTO, por un lado, y el atún capturado empleando otros métodos de pesca en otras zonas oceánicas, por otro.

70. La medida sobre el atún sigue exigiendo que los productos de atún elaborados con atún capturado en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO estén respaldados por la documentación que exige el régimen del APICD. El primer Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que el régimen integral del APICD asegura que la información sobre si una captura de atún está o no certificada como *dolphin safe* conforme con el APICD acompañe al atún en cada uno de los pasos a lo largo de los procesos de pesca y producción, desde el punto en que se captura el atún hasta el punto en que se vende al por menor. Específicamente, constató que cada paso del proceso de captura y enlatado del atún capturado por grandes buques de cerco en el PTO está prescrito, puede ser vigilado por organismos nacionales y regionales y es objeto de algún tipo de supervisión gubernamental (incluidas la regional y la internacional), y que las autoridades competentes, por consiguiente, pueden verificar en cualquier etapa del proceso de captura y enlatado si un lote determinado de atún es *dolphin safe*. Las circunstancia fácticas que sustentan estas constataciones no han cambiado, y las constataciones del Grupo Especial siguen siendo aplicables.

71. En cambio, la medida sobre el atún modificada más recientemente no está diseñada ni se aplica de manera que pueda asegurar que las certificaciones *dolphin safe* hechas fuera del PTO pueden vincularse con el atún contenido en un producto de atún producido en los Estados Unidos o cualquier otro país. A diferencia de la rama de producción de atún mexicana, la mayoría de las principales 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 varias partes antes de su transformación en un producto de atún. El trayecto del atún desde el punto del océano donde se captura al punto donde se transforma en un producto de atún para el mercado estadounidense puede implicar transbordos en el mar, el agrupamiento de la pesca proveniente de múltiples buques en un buque de transporte refrigerado y actividades de pesca INDR. Fuera del PTO, no obstante, no hay ninguna prescripción de la medida sobre el atún que obligue a separar el atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe* en distintas bodegas de almacenamiento o durante el transbordo, ni tampoco existe una práctica establecida y real de hacerlo. Ninguno de los documentos presentados por los Estados Unidos pone de manifiesto que las empresas de transformación estadounidenses siquiera exijan que los buques de pesca tengan distintas bodegas de almacenamiento para separar al atún *dolphin safe* del atún no *dolphin safe.*

72. Las modificaciones más recientes de la medida sobre el atún supuestamente exigen a las empresas de transformación e importadores estadounidenses que reúnan y conserven durante dos años "información sobre cada punto de la cadena de custodia en relación con el envío de atún o productos de atún al punto de entrada en el comercio de los Estados Unidos". Sin embargo, la medida sobre el atún no impone a las empresas de transformación o importadores estadounidenses ninguna obligación de confirmar la validez o auditar la documentación que reciben. Además, el Departamento de Comercio no tiene competencia para auditar los buques de pesca extranjeros, los buques de transporte y las empresas de transformación extranjeras sobre la base de esta documentación. En el marco de otros programas estadounidenses de cumplimiento de la reglamentación (no relacionados con la pesca), sería de esperar que una empresa estadounidense audite a sus proveedores o clientes y tenga registros de tales auditorías a disposición de las autoridades gubernamentales estadounidenses para que los examinen, pero la medida sobre el atún no prevé ninguna de esas obligaciones.

73. Estas lagunas y deficiencias se ven exacerbadas en regiones de los océanos donde el mantenimiento de registros y la notificación no son fiables. A este respecto los informes de las Comunidades Europeas sobre Tailandia, Filipinas y el Taipei Chino son especialmente importantes. Por ejemplo, en el informe sobre Tailandia se constató que los regímenes de documentación desarrollados por las autoridades a efectos de trazabilidad son utilizados de forma incorrecta por los operadores y les permiten blanquear pescado declarando en exceso las cantidades entrantes a partir de certificados de captura erróneos. Análogamente, en el informe sobre Filipinas se constató que no hay un sistema de trazabilidad operativo ni ninguna medida para garantizar el control por parte de las autoridades de la veracidad de la información y la trazabilidad de las operaciones relacionadas con las actividades de pesca y transbordo de sus buques. En el informe sobre el Taipei Chino se determinó que no hay ningún sistema de trazabilidad capaz de garantizar la plena transparencia en todas las etapas de las operaciones de pesca (esto es, captura, transbordo, desembarque, transporte, transformación, exportación y comercialización) y no existe certeza de que lo registrado en los sistemas de las autoridades se corresponde con lo registrado en la contabilidad y los sistemas de producción de las empresas.

74. Los Estados Unidos aducen que las diferencias reglamentarias establecidas en las prescripciones en materia de seguimiento y verificación de la medida sobre el atún se adaptan porque "es adecuado utilizar un mecanismo más 'sensible' cuando los riesgos de mortalidad y heridas graves de los delfines son altos, y un mecanismo menos 'sensible' cuando los riesgos de mortalidad y heridas graves son bajos. A este respecto, los Estados Unidos se basan en la opinión disidente del integrante minoritario del Grupo Especial en el primer procedimiento sobre el cumplimiento para justificar un mayor "margen de error" en la aplicación de la medida a otros métodos de pesca en otras zonas oceánicas. No obstante, la posición de los Estados Unidos de que la adaptación puede justificar "márgenes de error" en la exactitud de la etiqueta *dolphin safe* en los distintos métodos de pesca y pesquerías es jurídicamente incorrecta. Tal interpretación hace caso omiso de la abundante jurisprudencia sobre el sentido de la discriminación arbitraria o injustificada, que implica la cuestión de si existe o no una conexión racional entre el efecto perjudicial causado por la medida y los objetivos de la medida. Este es un elemento decisivo de los análisis jurídicos de la imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y también de la discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria del

artículo XX del GATT de 1994 porque asegura la simetría en las pruebas de adaptación realizadas en el marco de cada una de estas disposiciones.

B. La medida sobre el atún es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y no puede justificarse al amparo del artículo XX

75. En sus comunicaciones, México ha acreditado *prima facie* que la medida sobre el atún es incompatible con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. Los Estados Unidos no cuestionan estas incompatibilidades. Además, México está de acuerdo con los Estados Unidos en que la medida está comprendida provisionalmente en la excepción general del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994. México y los Estados Unidos están en desacuerdo acerca de si los requisitos de la parte introductoria del artículo XX se cumplen o no, en particular el requisito de que la medida no se aplique en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario e injustificable.

76. Estados Unidos tienen la carga de demostrar que los requisitos de la parte introductoria del artículo XX se cumplen.

77. En el procedimiento inicial sobre el cumplimiento, el Órgano de Apelación constató que, en las circunstancias de la presente diferencia, una evaluación de si las prescripciones que impone la medida sobre el atún se adaptan en función de la probabilidad de que los delfines puedan sufrir efectos perjudiciales en el curso de operaciones de pesca de atún en las respectivas condiciones era pertinente para un análisis de la discriminación arbitraria o injustificable en el marco de la parte introductoria. El Órgano de Apelación constató además que siempre y cuando se tengan en cuenta las semejanzas y diferencias entre el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el artículo XX del GATT de 1994, puede ser admisible basarse en el razonamiento elaborado en el contexto de un acuerdo a los efectos de realizar un análisis en el marco del otro. En consecuencia, dado que los argumentos formulados por México al amparo tanto del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC como de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 se fundan en la evaluación de la discriminación arbitraria e injustificada, es adecuado que México se base en sus afirmaciones relativas a la falta de adaptación en el marco del párrafo 1 del artículo 2 para establecer que la medida sobre el atún de 2016 se aplica en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalecen las mismas condiciones, de manera que los requisitos de la parte introductoria no se cumplen.

78. Los Grupos Especiales solo necesitan constatar que existen pruebas de un ejemplo en que la medida sobre el atún no está diseñada o no se aplica de manera proporcionada o debidamente adecuada a los riesgos o niveles de daño globales relativos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en diferentes zonas de los océanos para concluir que los Estados Unidos no han satisfecho su carga. México ha presentado considerables pruebas y argumentos para demostrar que i) la medida sobre el atún nunca se "adecuó debidamente" ni se "adapta" de otro modo a los perfiles de riesgo de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO y otras pesquerías de atún y ii) la medida sobre el atún está diseñada y se aplica en forma que constituye un medio de discriminación arbitrario e injustificable.

79. En consecuencia, la medida sobre el atún no puede cumplir los requisitos de la parte introductoria del artículo XX, y los Estados Unidos no han satisfecho su carga de demostrar lo contrario. Por lo tanto, las incompatibilidades con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 no pueden justificarse al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

IV. CONCLUSIÓN

80. Por las razones expuestas en las comunicaciones de México en estos dos procedimientos, México solicita respetuosamente que los Grupos Especiales rechacen las alegaciones formuladas por los Estados Unidos al amparo del párrafo 5 del artículo 21 del ESD en su totalidad y constaten que la medida sobre el atún es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC y el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, y no puede justificarse al amparo del artículo XX del GATT de 1994.

_____

ANEXO C

ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de los argumentos de Australia	C-2
Anexo C-2	Resumen de los argumentos del Brasil	C-6
Anexo C-3	Resumen de los argumentos del Canadá	C-10
Anexo C-4	Resumen de los argumentos del Ecuador	C-14
Anexo C-5	Resumen de los argumentos de la Unión Europea	C-15
Anexo C-6	Resumen de los argumentos del Japón	C-19
Anexo C-7	Resumen de los argumentos de Nueva Zelandia	C-23
Anexo C-8	Resumen de los argumentos de Noruega	C-25

ANEXO C-1

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE AUSTRALIA

I. INTRODUCCIÓN

1. En las declaraciones de Australia se han abordado varias cuestiones planteadas en el presente procedimiento en el marco del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD).

2. En el presente resumen se exponen las opiniones de Australia sobre la función y el alcance del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y sobre la indagación central de un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* (Acuerdo OTC).

II. FUNCIÓN Y ALCANCE DEL PROCEDIMIENTO DEL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 21

3. El Órgano de Apelación ha declarado que un examen del cumplimiento no debe limitarse a una evaluación de la cuestión de si el Miembro demandado ha aplicado una recomendación del Órgano de Solución de Diferencias (OSD). El párrafo 5 del artículo 21 exige, en lugar de ello, que el grupo especial examine la compatibilidad de las medidas destinadas a cumplir el Acuerdo sobre la OMC.[1]

4. El Órgano de Apelación también ha señalado anteriormente que este procedimiento forma parte de un conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad, lo que exige el debido reconocimiento de las recomendaciones y resoluciones formuladas por el OSD en el procedimiento inicial, sobre la base de las constataciones adoptadas del Órgano de Apelación y el grupo especial inicial.[2]

5. Australia no considera que el objeto de un examen del cumplimiento sea reabrir cuestiones que hayan sido respondidas de manera sustantiva por el Órgano de Apelación en un procedimiento anterior y no sea necesario reexaminar a la luz de una medida nueva y diferente. Australia observa, en este contexto, que un objetivo fundamental del sistema de solución de diferencias es resolver con prontitud las diferencias y proporcionar claridad a los Miembros con respecto a sus obligaciones en el marco de la OMC. A este respecto, Australia considera que el Grupo Especial debe centrar sus consideraciones en la cuestión de si la norma definitiva preliminar de 2016 ha abordado las cuestiones respecto de las que el Órgano de Apelación constató que causaban la incompatibilidad de la medida anterior 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 *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (GATT de 1994).

III. LA INDAGACIÓN CENTRAL DE UN ANÁLISIS EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

6. El Órgano de Apelación ha dejado claro que no todo caso de efecto perjudicial en las importaciones resultante de un reglamento técnico constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.[3] Cuando ese efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, el reglamento técnico no infringe el párrafo 1 del artículo 2.[4]

7. Así pues, Australia considera que, una vez que se ha establecido la existencia de un efecto perjudicial *de facto* en las importaciones, el núcleo de un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 consiste en determinar si la distinción reglamentaria en cuestión se ha diseñado y se aplica de una manera que es legítima (o si, por el contrario, está diseñada y se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado).

---

[1] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21)*, párrafos 40-42.
[2] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.112.
[3] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.
[4] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

IV. LA CONSIDERACIÓN DE LOS OBJETIVOS EN UN ANÁLISIS EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2

8. Australia considera que una evaluación de la *legitimidad* de la distinción reglamentaria en cuestión debe hacerse a la luz del objetivo del reglamento técnico. A juicio de Australia, determinar la legitimidad de la distinción reglamentaria exige un análisis de la cuestión de si la distinción reglamentaria está racionalmente conectada con el objetivo del reglamento técnico. Australia considera que, cuando la distinción reglamentaria no tiene una conexión racional con el objetivo del reglamento técnico, constituiría una discriminación arbitraria o injustificada y daría lugar a una infracción del párrafo 1 del artículo 2.

9. Australia considera que los objetivos de la medida en litigio en esta diferencia fueron parte integrante del análisis de la adaptación articulado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial y que es innecesario que el Grupo Especial lleve a cabo en el presente procedimiento un análisis revisado de la contribución de los objetivos de la política a la medida. Australia considera que el Grupo Especial debería centrarse, en cambio, en la cuestión definida en el presente procedimiento -a saber, si la norma definitiva preliminar de 2016 es compatible con Acuerdo de la OMC-, y tomar una decisión con respecto a ella, con arreglo a la prueba de análisis de la adaptación que el Órgano de Apelación ha definido previamente de manera clara, y en la que ya se tienen en cuenta los objetivos de la medida.

V. ANÁLISIS DE LA ADAPTACIÓN

10. Australia considera que el análisis de la adaptación adoptado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial se utilizó como medio para determinar si la distinción reglamentaria impuesta por la medida en litigio era legítima (o si, por el contrario, constituía un medio de discriminación arbitrario o injustificado) en las circunstancias concretas de esta diferencia. El Órgano de Apelación señaló que la adaptación tenía "especial pertinencia [en este procedimiento]".[5] También aclaró que la adaptación "no es, en y por sí misma, una prueba generalmente aplicable para determinar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima", sino que se trataba de un término procedente de las comunicaciones de los Estados Unidos.[6] El Órgano de Apelación puso de relieve además que "la utilización ... de los términos 'imparcial' y 'se adapta' no constituía criterios jurídicos distintos".[7]

11. A juicio de Australia, la adaptación debe considerarse un método analítico útil cuando las circunstancias de un asunto justifican su utilización. Sin embargo, debe ser utilizada únicamente para informar un análisis de la indagación central, que es si una distinción reglamentaria es legítima o, por el contrario, constituye un medio de discriminación arbitrario e injustificado. No es, por sí misma, una prueba de la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2.

VI. IMPARCIALIDAD

12. De manera similar, el Órgano de Apelación ha identificado la imparcialidad de una medida como una de las consideraciones que se tienen en cuenta al determinar si un efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima o, por el contrario, constituye una discriminación arbitraria o injustificada.

---

[5] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.101.

[6] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.154.

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

13. El Órgano de Apelación utilizó por primera vez el término "imparcial" en relación con el párrafo 1 del artículo 2 en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, en el que señaló que, al hacer una evaluación de la cuestión de si una diferenciación se deriva de una distinción reglamentaria legítima:

> … 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, para determinar si discrimina contra el grupo de productos importados.[8]

14. La cuestión se examinó de nuevo en el asunto *Estados Unidos - EPO*, en el que se citó la decisión de *Cigarrillos de clavo de olor*. Sin embargo, en dicho asunto el Órgano de Apelación parece haber considerado que la imparcialidad es *la* prueba que determina la legitimidad de una distinción reglamentaria, en lugar de simplemente parte de esa prueba, como había hecho en *Cigarrillos de clavo de olor,* ya que constató lo siguiente:

> *Al evaluar la imparcialidad* el grupo especial debe "examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso …" (sin cursivas en el original)[9]

15. En el informe del Órgano de Apelación del procedimiento inicial del presente asunto se citó la versión de la prueba de *Cigarrillos de clavo de olor*[10], pero en el procedimiento sobre el cumplimiento el Órgano de Apelación utilizó la formulación de *Estados Unidos - EPO* (pese a citar *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*).[11]

16. A juicio de Australia, al igual que el análisis de la adaptación, la imparcialidad debe considerarse un método de análisis útil cuando las circunstancias de un asunto justifican su utilización. Sin embargo, solo debe utilizarse para informar un análisis de la indagación central, que es si una distinción reglamentaria es legítima o, por el contrario, constituye una discriminación arbitraria o injustificada. No es, por sí misma, una prueba de compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2.

VII. OBJETIVOS DE LA MEDIDA SOBRE EL ATÚN DE 2016

17. Australia está de acuerdo en que los objetivos expuestos por el Grupo Especial[12] siguen siendo los objetivos de la medida sobre el atún de 2016. A juicio de Australia, es importante considerarlos objetivos interrelacionados y que se apoyan mutuamente.

VIII. CONCLUSIÓN

18. En su informe correspondiente a la etapa de cumplimiento del presente asunto, el Órgano de Apelación ha "señalado que, al determinar si el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, las 'circunstancias particulares' del caso pueden informar la manera adecuada de evaluar la imparcialidad en este caso concreto". Ello es claramente cierto. Las diferenciaciones que se hacen dentro de una medida, las bases sobre las cuales se hacen esas diferenciaciones y la manera en que interactúan con los objetivos de la medida dictarán el proceso de análisis que debe llevar a cabo un grupo especial en un asunto dado.

---

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

[9] Informes del Órgano de Apelación *Estados Unidos - EPO*, párrafo 271.

[10] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 215, nota 461, párrafo 225.

[11] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafos 7.31, 7.97, 7.239.

[12] Según se exponen en las "Preguntas formuladas con antelación a la sesión de los Grupos Especiales con los terceros", distribuidas el 17 de enero de 2017: "en primer lugar, garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines, y, en segundo lugar, contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines".

19. Sin embargo, a juicio de Australia, la indagación central de cualquier evaluación de esa naturaleza consiste en determinar si la distinción reglamentaria en cuestión está diseñada y se aplica de una manera que es *legítima* o, por el contrario, está diseñada y se aplica de una manera que constituye un medio de discriminación arbitrario o injustificado. El proceso de análisis concreto adoptado por un grupo especial en las circunstancias específicas de un determinado asunto debe hacer efectiva esa indagación central, no sustituirla.

ANEXO C-2

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL BRASIL

1. Las observaciones del Brasil se centran en las siguientes cuestiones: i) el alcance de la prueba de imparcialidad; ii) la caracterización de la medida sobre el atún; iii) la relación entre la prueba de imparcialidad y el objetivo de la medida y iv) el papel del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

I. El alcance de la prueba de imparcialidad

2. El Brasil entiende que la principal cuestión sometida al Grupo Especial es cuál debe ser el alcance apropiado de la prueba de imparcialidad para establecer que se da al atún mexicano un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen estadounidense o a productos similares originarios de cualquier otro país, según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. A juicio del Brasil, el Grupo Especial debe adoptar un enfoque holístico al determinar los elementos que componen la prueba de imparcialidad, teniendo en cuenta los objetivos de la medida. El Grupo Especial también debe asegurarse de que el objetivo de la medida se evalúa desde una perspectiva más amplia, a la luz de todas las circunstancias pertinentes relacionadas con la protección del objetivo legítimo, de manera que se reduzca el margen para ocultar restricciones arbitrarias e injustificadas del comercio internacional.

3. En opinión del Brasil, al formular la prueba de imparcialidad en la presente diferencia, el Grupo Especial debe orientarse por el nivel de los efectos perjudiciales, y no por los métodos de pesca. También es importante que el Grupo Especial no pierda de vista la importancia de que la imparcialidad de la medida se evalúe sobre la base de las prescripciones en materia de resultados, y no en relación con una tecnología específica. A este respecto, el Grupo Especial debe guardarse de formular declaraciones que den a entender que los únicos métodos de pesca que no entrañan ningún daño para los delfines son los adoptados por países desarrollados con amplios medios para adquirir las tecnologías más novedosas (y costosas).

II. La caracterización de la medida sobre el atún

4. El Brasil no discute que los Miembros de la OMC tienen el derecho de adoptar reglamentos técnicos para perseguir sus objetivos legítimos, ni que evitar los efectos perjudiciales para los delfines es un objetivo legítimo. Sin embargo, el Brasil recuerda que el Órgano de Apelación ha determinado en diferencias anteriores que la caracterización que un Miembro hace de su medida no tiene carácter vinculante para los órganos resolutorios y que ha dejado claro que la formulación de una medida no puede abarcar excepciones discriminatorias que no guarden relación con su objetivo.

5. En el presente procedimiento, los Estados Unidos han identificado su objetivo en relación con los métodos de pesca y los efectos perjudiciales que tienen para los delfines. La pregunta es, por lo tanto, si dadas las circunstancias particulares del asunto, centrarse exclusivamente en los métodos de pesca como criterios de admisibilidad para la etiqueta "*dolphin safe*" de los Estados Unidos podría justificar un trato reglamentario diferente para el atún mexicano.

6. A este respecto, el Brasil está de acuerdo con México en que "es esencial que el Grupo Especial distinga entre las actividades que definen el método de pesca y el nivel de los efectos perjudiciales en los delfines causados por esas actividades". Esta consideración es similar a la realizada por el Profesor Mavroidis al examinar el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial:

> "La cuestión sometida al Grupo Especial debe ser si la etiqueta '*dolphin safe*' fue accesible para todo el atún que cumplía las prescripciones reglamentarias, con independencia de la manera en que hubiera sido pescado. Las prescripciones en materia de resultados (por ejemplo, todos aquellos que utilicen un método de pesca para el atún que garantice que se dará muerte a x o una cantidad inferior de delfines tendrán acceso a la etiqueta '*dolphin safe*') son preferibles a las prescripciones en materia de proceso (solo aquellos que utilicen

una determinada técnica de pesca tendrán acceso a la etiqueta '*dolphin safe*'), por varias razones, desde la obtención de los beneficios derivados de la innovación hasta la reducción del riesgo de proteccionismo mediante el fomento de una técnica nacional, y el traslado de los costos de ajuste a las importaciones extranjeras".

7. A juicio del Brasil, sería necesario evaluar el nivel de los efectos perjudiciales para los delfines mediante prescripciones en materia de resultados mensurables (cuantitativas), como, por ejemplo, las pruebas relacionadas con el crecimiento de las poblaciones de delfines, como ha propuesto México. Por consiguiente, la mera referencia a posibles consecuencias no observadas de distintos métodos de pesca no puede justificar un trato menos favorable. Es necesario medir tales efectos, a fin de que sea posible evaluar si el trato perjudicial se adapta en función del riesgo para los delfines en las distintas pesquerías. En este contexto, el Brasil desea también alertar al Grupo Especial del peligro de ampliar el margen para la adopción de procesos y métodos de producción (PMP) no relacionados con un producto.

8. Además, tiene poco sentido que la contribución de un determinado método de pesca a la protección de los delfines se considere aisladamente, cuando ese mismo método puede ser dañino para otras especies o para el entorno marino.

III. La relación entre la prueba de imparcialidad y el objetivo de la medida

9. El Brasil opina que es necesario evaluar la imparcialidad en relación con ambos objetivos de la medida, según esta fue caracterizada inicialmente por los Estados Unidos en el procedimiento inicial, a saber: 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". El primero guarda relación con la protección del consumidor, y el segundo con la protección del medio ambiente.

10. En lo que concierne al aspecto de protección del consumidor de la medida, el Brasil entiende que la definición de "inocuo para los delfines" de los Estados Unidos es particularmente sensible a la manera en que es capturado el atún y no permitiría que se informara a los consumidores de la reducción de la mortalidad de los delfines que hacen posible otros métodos. A juicio del Brasil, no hay nada en los expedientes de estos procedimientos que parezca respaldar la afirmación de que los consumidores están más preocupados por la manera en que se captura el atún que por los efectos perjudiciales para los delfines.

11. El Brasil entiende que en estos procedimientos los Estados Unidos han tratado de presentar la medida sobre el atún como una medida principalmente relacionada con la protección de los delfines, adaptando la formulación del objetivo de la medida que convenga a sus fines. Sin embargo, si la medida sobre el atún no está diseñada para proteger a los consumidores en el territorio estadounidense, sino a los delfines en todas las partes del mundo, eso significaría que los Estados Unidos estarían actuando fuera de su jurisdicción.

12. Esa sería una situación muy diferente de la que se dio en *Estados Unidos - Camarones*. En ese asunto, el Órgano de Apelación explicó que, como las tortugas eran una especie migratoria que se daba también en aguas territoriales estadounidenses, la medida tenía una conexión territorial suficiente para estar justificada al amparo del artículo XX del GATT.[1] En la presente diferencia, la cuestión de si existe ese vínculo territorial nunca ha sido parte de la ecuación, puesto que la medida ha sido siempre principalmente una medida sobre la protección del consumidor. Sin embargo, si ahora debemos aceptar el argumento de los Estados Unidos de que el principal objetivo de la medida es la protección de los delfines en todo el mundo, y que la información al consumidor es solo un aspecto secundario de la medida, esas consideraciones no solo pasan a ser pertinentes, sino que sería necesario establecerlas claramente.

[1] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafos 117-119.

13. El Brasil considera que, al destacar los aspectos medioambientales de la medida, en detrimento de su componente de información al consumidor, los Estados Unidos están tratando deliberadamente de desviar la atención del Grupo Especial de las deficiencias de la medida en lo que concierne a la exactitud.

14. No convence al Brasil el argumento de los Estados Unidos de que, como la protección de los delfines es el principal objetivo de la medida, si esta se adapta debidamente en función de los riesgos para los delfines en distintas zonas del océano, cualquier distinción reglamentaria, incluidas las diferencias en la exactitud de la información contenida en la etiqueta *dolphin safe*, es compatible con los objetivos de la medida. A juicio del Brasil, es difícil ver cómo podría cumplir sus objetivos legítimos una medida que, en algunos casos, puede dar lugar a que se otorgue la etiqueta *dolphin safe* estadounidense a atún capturado en una expedición de pesca en la que se ha dado muerte o dañado gravemente a delfines. Parece lógico concluir que otorgar la etiqueta *dolphin safe* en tal situación no solo induciría a error a los consumidores, sino que además no contribuiría al objetivo de protección de los delfines.

15. A juicio del Brasil, los Estados Unidos interpretan incorrectamente el razonamiento del Órgano de Apelación que figura en los párrafos 7.166 a 7.169 de su informe correspondiente al primer procedimiento sobre el cumplimiento. En él, el Órgano de Apelación censuró al Grupo Especial por haber segmentado su análisis y por no considerar que "la exactitud de la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos puede verse comprometida en cualquier etapa de producción de los productos de atún, en contra de los objetivos de la medida sobre el atún modificada". Es evidente, por lo tanto, que la exactitud es un elemento fundamental del análisis.

16. El Brasil considera que, aunque el Órgano de Apelación dejó claro que la imparcialidad también es pertinente al evaluar las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, nunca ha dado a entender que las diferencias en los perfiles de riesgo de distintas pesquerías justifiquen un menoscabo de la exactitud de la medida. Es decir, puede haber diferencias en los medios que la medida sobre el atún emplee para certificar que no se dio muerte ni dañó gravemente a delfines, pero en ningún caso esas diferencias deben dar lugar a un etiquetado incorrecto de los productos de atún.

17. Tampoco convence al Brasil el argumento de los Estados Unidos de que garantizar que la medida se adapta en función de los distintos perfiles de riesgo de las distintas pesquerías entrañaría automáticamente que la medida se adapta también en función de las prescripciones en materia de certificación, seguimiento y verificación diferentes. Como el Órgano de Apelación ha explicado, la "evaluación de la imparcialidad de la medida sobre el atún modificada debe tener en cuenta el hecho de que sus diversos elementos -los criterios de admisibilidad, las prescripciones en materia de certificación y las prescripciones en materia de seguimiento y verificación- establecen una serie de condiciones para utilizar la etiqueta *dolphin safe*". Ello significa que es necesario evaluar ambos objetivos de la medida en relación con todos los elementos de esta.

IV. Conclusión: el papel del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

18. El Brasil considera que una gran parte de las dificultades de elaborar una prueba de imparcialidad sólida en la presente diferencia se debe a que los Miembros están tratando con una definición única y restrictiva de la inocuidad para los delfines, diseñada unilateralmente por los Estados Unidos y destinada a ser aplicada en todo el mundo. A juicio del Brasil, hay diferentes maneras de proteger a los delfines. Los países firmantes del APICD hicieron grandes inversiones para garantizar que la mortalidad de los delfines en el PTO se redujera a niveles próximos a cero. Adoptaron estrictos criterios de certificación para asegurarse de que ningún atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines obtuviera la etiqueta *dolphin safe* del APICD. Sin embargo, ni pueden utilizar su etiqueta en el mercado estadounidense, ni pueden informar a los consumidores de la manera en que están garantizando la protección de los delfines. Al mismo tiempo, los Estados Unidos alegan que la exactitud no es una consideración pertinente en relación con la medida sobre el atún, lo que significa que la medida no es capaz de cumplir su objetivo de información al consumidor.

19. En el procedimiento inicial, el Órgano de Apelación constató que la etiqueta *dolphin safe* del APICD no sería una alternativa menos restrictiva del comercio a la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos, porque se limitaba al PTO y no abordaba la mortalidad no observada. Sin

embargo, dadas las deficiencias de la medida sobre el atún, el Órgano de Apelación podría verse ante una situación en la que coexistirían en el mercado estadounidense etiquetas relativas a la protección de los delfines en distintas pesquerías. Se trataría de alternativas menos restrictivas del comercio a la medida sobre el atún que permitirían a los consumidores ejercer plenamente sus preferencias en relación con las medidas de protección de los delfines. La jurisprudencia del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO (párrafo 5 del artículo 21)* podría ser pertinente a este respecto.

20. El Brasil entiende que en el presente procedimiento sobre el cumplimiento no se aborda el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Sin embargo, como el Canadá ha aducido en su comunicación en calidad de tercero, el equilibrio de derechos y obligaciones en el marco del Acuerdo OTC no se salvaguarda exclusivamente por medio del párrafo 1 del artículo 2. El Brasil considera que, en el presente procedimiento, el Órgano de Apelación no ha llegado a dar al párrafo 2 del artículo 2 la plenitud de su sentido.

ANEXO C-3

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL CANADÁ

I. LA PRUEBA DE DISTINCIÓN REGLAMENTARIA LEGÍTIMA EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC NO ES UNA PRUEBA DE "IMPARCIALIDAD"

A. Criterio jurídico que debe aplicarse

1. Los Estados Unidos y México no están de acuerdo en cómo aplicar la prueba de distinción reglamentaria legítima en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. En particular, las partes en la diferencia tienen opiniones contrapuestas en relación con la pertinencia de la "adaptación" y su función al evaluar si el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados originado por la medida modificada se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

2. Los argumentos de las partes en la diferencia se basan en informes anteriores del Grupo Especial y el Órgano de Apelación emitidos en la presente diferencia, en los que se ha constatado que evaluar si las distinciones reglamentarias se adaptan debidamente en función de los riesgos para los delfines que entrañan los diversos métodos de pesca utilizados es una base apropiada sobre la que determinar si la medida es "imparcial" y satisface, por lo tanto, la prueba de distinción reglamentaria legítima.

3. El Canadá está de acuerdo en que, en las circunstancias de la presente diferencia, la adaptación es un instrumento conceptual válido para determinar si el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados originado por el diseño o la aplicación de la medida se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Sin embargo, el Canadá no está de acuerdo en que la imparcialidad sea el criterio jurídico adecuado que debe aplicarse al determinar si el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

4. El criterio jurídico de la imparcialidad, según fue articulado por primera vez por el Órgano de Apelación, procede del sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC. Según el Órgano de Apelación, el sexto considerando indica que los Miembros tienen derecho a recurrir a reglamentos técnicos para alcanzar sus objetivos legítimos, siempre que lo hagan de manera imparcial y de forma por lo demás acorde con las disposiciones del Acuerdo OTC.

5. A juicio del Canadá, transformar el texto explícito del sexto considerando en el concepto vago y subjetivo de imparcialidad no es necesario ni apropiado como descripción del criterio jurídico que debe aplicarse. En concreto, el término "imparcialidad" no tiene una relación clara con el criterio de "discriminación arbitraria o injustificada o restricción encubierta del comercio internacional" articulado en el sexto considerando.

6. Hay al menos tres razones por las que el criterio jurídico de imparcialidad, según fue articulado por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - EPO*, no es apropiado en el contexto de la prueba de distinción reglamentaria legítima del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

7. En primer lugar, a juicio del Canadá, no hay ningún respaldo textual para la imparcialidad como criterio jurídico independiente. El término no aparece ni en el quinto y sexto considerandos del preámbulo ni en el propio párrafo 1 del artículo 2. Pese a ello, desde *Estados Unidos - EPO*, el Órgano de Apelación parece haber interpretado la imparcialidad no como una abreviación de la orientación para la interpretación que ofrece el sexto considerando, sino como un criterio jurídico independiente que debe satisfacerse para cumplir la obligación de no discriminación del párrafo 1 del artículo 2. Más concretamente, el Órgano de Apelación adoptó la posición de que el trato arbitrario e injustificado es simplemente un ejemplo de la ausencia de imparcialidad.

8. En segundo lugar, el Canadá considera que no existe una relación contextual, o siquiera conceptual, evidente entre el texto de los considerandos quinto y sexto del Acuerdo OTC y la imparcialidad como criterio jurídico independiente.

9. Los considerandos quinto y sexto contienen dos conceptos jurídicos centrales. El primero es el concepto de necesidad. El segundo concepto es la prescripción de que, incluso cuando las medidas son necesarias, no deben aplicarse en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado, o una restricción encubierta del comercio internacional.

10. El concepto de necesidad se refleja explícitamente en la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 2. El Canadá opina, por lo tanto, que ese concepto tiene, a lo sumo, un papel muy limitado que desempeñar en la interpretación del párrafo 1 del artículo 2. De lo contrario, podría dar lugar a la indistinción de las disciplinas de los párrafos 1 y 2 del artículo 2.

11. Por otro lado, el texto relativo a la discriminación arbitraria o injustificada y la restricción encubierta es claramente pertinente en relación con la obligación de no discriminación establecida en el párrafo 1 del artículo 2, la cual, por su naturaleza, se centra en las distinciones reglamentarias entre productos. Esa vinculación no es, en principio, diferente de la relación entre las obligaciones de no discriminación establecidas en el GATT -por ejemplo, en el párrafo 4 del artículo III- y las excepciones generales del párrafo XX del GATT.

12. El elemento de distinción reglamentaria legítima del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC refleja el mismo equilibrio que se observa entre el párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT. Se trata del equilibrio entre el derecho a reglamentar y el deseo de garantizar que las medidas de reglamentación no constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado, o una restricción encubierta del comercio internacional, como se indica en el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC.

13. Tanto en *Brasil - Neumáticos recauchutados* como en *CE - Productos derivados de las focas*, el Órgano de Apelación señaló que la expresión "medio de discriminación arbitrario o injustificado" sintetiza la idea de una conexión racional entre la discriminación causada por la medida y su objetivo de política. Esa conexión racional existe cuando hay una auténtica y estrecha relación de medios y fines entre la discriminación (o, en el caso del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, la distinción reglamentaria) y el objetivo de política perseguido.

14. Por supuesto, la naturaleza exacta de los términos empleados importaría menos si se dejara claro que, cuando hablamos de "imparcialidad" estamos hablando en realidad de discriminación arbitraria o injustificada. El Órgano de Apelación pareció dar a entender eso mismo en *Estados Unidos - Atún II (México)* cuando dijo que el sexto considerando arroja luz sobre el sentido y el alcance del requisito de "trato no menos favorable", al dejar claro que los reglamentos técnicos pueden perseguir objetivos legítimos, pero no deben aplicarse en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado.

15. Sin embargo, como el Canadá ha explicado anteriormente, los cambios en la terminología empleada por el Órgano de Apelación indican que no considera que la imparcialidad esté limitada de esa manera.

16. La tercera razón por la que el Canadá considera que el razonamiento interpretativo del Órgano de Apelación es problemático guarda relación con la posibilidad de que surja un desequilibrio entre el GATT y el Acuerdo OTC.

17. Ese desequilibrio podría surgir cuando un reglamento sea impugnado tanto al amparo del Acuerdo OTC como del GATT. Si esa medida se impugnara tanto al amparo del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC como del párrafo 4 del artículo III del GATT, y se constatara que ha dado lugar a un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de las importaciones, es al menos concebible que pudiera constatarse que está justificada en virtud del artículo XX del GATT y, a la vez, que ha infringido el párrafo 1 del artículo 2.

18. Esa posibilidad existiría porque el criterio jurídico para satisfacer la prueba de distinción reglamentaria legítima parece ser diferente de la prueba de la parte introductoria del artículo XX y más estricto que esta. El Órgano de Apelación ha indicado que la ausencia de discriminación

arbitraria o injustificada no es suficiente para demostrar que la medida es imparcial. Por lo tanto, un reglamento técnico que no da lugar a una discriminación arbitraria o injustificada puede, no obstante, no satisfacer el criterio de imparcialidad. En consecuencia, la medida infringiría el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC siendo, al mismo tiempo, justificable en virtud del artículo XX del GATT porque cumple el criterio de discriminación arbitraria o injustificada de la parte introductoria.

19. Ello es incongruente con la declaración formulada por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor* según la cual el equilibrio entre la liberalización del comercio y el derecho a reglamentar reflejado en el párrafo 4 del artículo III y el artículo XX del GATT no es, en principio, distinto del reflejado en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. El Canadá considera que ello también sería incongruente con el objeto y fin del Acuerdo OTC.

20. El Canadá considera, por lo tanto, que el criterio apropiado para la cuestión de si el efecto perjudicial en las oportunidades de competencia para los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, en el marco del párrafo 1 del artículo 2, debería ser simplemente si esa distinción reglamentaria, ya sea en su diseño o en su aplicación, da lugar a una discriminación arbitraria o injustificada, o a una restricción encubierta del comercio internacional.

B. La relación entre el criterio jurídico de distinción reglamentaria legítima y la adaptación

21. En lo que concierne al presente asunto, el Canadá considera que la pregunta de si la medida estadounidense se adapta no tiene que responderse atendiendo a la cuestión de si la medida es "imparcial", sino que, a juicio del Canadá, la cuestión de si la medida se adapta consiste fundamentalmente en la cuestión de si existe una conexión racional entre el objetivo de política que se persigue y las distinciones reglamentarias que se establecen.

22. Una medida que no se adapta en función de los riesgos para los delfines derivados de los diversos métodos de pesca utilizados en distintas partes de los océanos puede dar lugar a que el atún sea etiquetado y vendido en el mercado estadounidense como inocuo para los delfines cuando no lo es. Ello contravendría los objetivos declarados de la medida y, por lo tanto, no satisfaría la prueba de conexión racional con arreglo al criterio jurídico de discriminación arbitraria o injustificada. Esta interpretación está en consonancia con el criterio de discriminación arbitraria o injustificada elaborado por el Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados* y reafirmado en *CE - Productos derivados de las focas*.

23. Por lo tanto, los Grupos Especiales no necesitan, y no deben, recurrir al criterio jurídico de imparcialidad. Para determinar si la medida estadounidense satisface la prueba de distinción reglamentaria legítima, basta con que determinen si hay una conexión racional entre la medida estadounidense y los objetivos que persigue; una medida que se adapta debidamente en función de los riesgos para los delfines derivados de los diversos métodos de pesca de atún en distintas zonas de los océanos reflejaría esa conexión racional.

C. Establecer si la medida satisface la prueba de distinción reglamentaria legítima requiere un examen de la relación entre la distinción reglamentaria y el objetivo de la medida

24. Como el Órgano de Apelación indicó en *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, la determinación de si la medida es imparcial, y por lo tanto de que el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, depende de la relación entre la medida y los objetivos de política que se persiguen. Si no hay nexo entre las distinciones reglamentarias establecidas por la medida y el objetivo que se persigue, o si esa relación es débil, ello indicaría que la medida no es imparcial. Además, como el Órgano de Apelación indicó en *Estados Unidos - EPO*, tal situación puede surgir cuando la carga reglamentaria impuesta a los productores es desproporcionada en relación con la cantidad o la exactitud de la información facilitada al consumidor.

25. De manera similar, en el caso de la medida estadounidense en litigio en la presente diferencia, el Órgano de Apelación ha determinado que un elemento fundamental al determinar si la medida es imparcial es si las condiciones en materia de etiquetado se adaptan en función de los riesgos para los delfines derivados de los distintos métodos de pesca, es decir, si reflejan con exactitud esos riesgos. La pertinencia de la adaptación en función de los riesgos se deriva de los objetivos de política perseguidos. Unas condiciones en materia de etiquetado, incluidas las prescripciones en materia de seguimiento y verificación, que se adaptan debidamente en función de los riesgos reducen al mínimo la probabilidad de que un producto de atún sea etiquetado indebidamente como inocuo para los delfines o de que se le impida indebidamente utilizar la etiqueta; por lo tanto, refuerza la exactitud de la etiqueta y, de esa manera, contribuye al objetivo de política de garantizar que no se induzca a error a los consumidores mediante la presencia de una etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún. Por extensión, una etiqueta exacta permite a los consumidores ejercer su preferencia por el atún inocuo para los delfines, lo que incentiva a los productores de atún a adoptar medidas de captura que reduzcan al mínimo los riesgos de efecto perjudicial para los delfines.

II. EL PAPEL DEL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL ACUERDO SOBRE LA OMC

26. México alega que la medida sobre el atún de 2016 es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC porque "discrimina contra un método de pesca sostenible desde el punto de vista medioambiental en favor de otro que es insostenible". El argumento de México se basa en la referencia que se hace en el primer considerando del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC a "la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible".

27. El Canadá considera que la caracterización que hace México del papel que tiene la referencia del preámbulo al desarrollo sostenible en la interpretación y aplicación de las obligaciones en el marco de la OMC está fuera de lugar, y que la alegación de México de que las medidas de los Miembros que sean incompatibles con el objetivo de desarrollo sostenible son *ipso facto* incompatibles con sus obligaciones en el marco de la OMC es incorrecta.

28. El preámbulo del Acuerdo sobre la OMC deja claro que la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de desarrollo sostenible es un principio importante que subyace a dicho Acuerdo. Sin embargo, dado que figura en el preámbulo, el papel de la referencia al desarrollo sostenible con respecto al Acuerdo sobre la OMC propiamente dicho está delimitado por las normas usuales de interpretación de los tratados, codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena).

29. La jurisprudencia de la OMC también confirma el uso del preámbulo para determinar el objeto y fin del tratado, o para informar el sentido de sus disposiciones. El preámbulo del Acuerdo OTC informa el sentido de la expresión "trato no menos favorable" empleada en el párrafo 1 del artículo 2. Sin embargo, eso no significa que la referencia al desarrollo sostenible en el preámbulo pueda utilizarse para introducir un requisito de compatibilidad con ese principio con condición previa para la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2.

30. Además, el Órgano de Apelación ha constatado anteriormente que el sexto considerando del preámbulo del Acuerdo OTC no establece una prueba que sea distinta e independiente del propio párrafo 1 del artículo 2. El Canadá considera que ello es igualmente cierto con respecto a la referencia al desarrollo sostenible del primer considerando del Acuerdo sobre la OMC y está en consonancia con la opinión del Canadá de que el cumplimiento del párrafo 1 del artículo 2 no exige un examen independiente de la cuestión de si la medida en litigio es compatible con el objetivo de desarrollo sostenible.

ANEXO C-4

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL ECUADOR*

Ecuador en su calidad de tercero interesado interviene en esta sesión dedicada a las "terceras partes" en la diferencia "Estados Unidos - medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún", ante el recurso presentado por Estados Unidos conforme el artículo 21.5 del Entendimiento de Solución de Diferencias y el segundo recurso presentado por México en virtud del mismo artículo, para hacer esta breve intervención fundamentada en la importancia de observar las disposiciones establecidas en el Entendimiento de Solución de Diferencias.

Consideramos que el texto del artículo 21 de dicho Entendimiento es claro y preciso al disponer la "pronta implementación", esto es el pronto cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias con el único objetivo de asegurar la solución de una diferencia. Esto, naturalmente, solo será posible si en una controversia existe voluntad de las Partes de acatar tales disposiciones.

El mismo artículo 21 también hace referencia a la especial atención que se debe prestar a las cuestiones que afecten a los Miembros de esta Organización, en desarrollo, respecto a las medidas que motivan la diferencia; cuestiones y disposiciones que, según criterio de México, no han sido acatadas por Estados Unidos por cuanto considera que la medida sobre el etiquetado "*dolphin safe*" no ha sido puesta en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

En tal sentido, Ecuador reitera su posición de que es de fundamental trascendencia que los Miembros mantengan coherencia y consistencia con sus obligaciones sobre los Acuerdos Abarcados en el marco de la OMC y por ello, la necesidad de que el Órgano de Solución de Diferencias vigile la aplicación de sus recomendaciones o determinaciones. Solamente de esa forma, se logrará mantener el sistema de solución de diferencias de la OMC como un elemento esencial para garantizar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, en el que se mantengan los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los Acuerdos Abarcados.

* Ecuador solicitó que su declaración oral en las reuniones conjuntas de los Grupos Especiales con las partes fuera considerada su resumen. La declaración original se pronunció en español.

ANEXO C-5

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

1. A juicio de la Unión Europea, los Grupos Especiales deben dejarse guiar por las aclaraciones hechas por el Órgano de Apelación en los procedimientos anteriores. Eso significa, entre otras cosas, que la prueba de si un reglamento técnico da un trato menos favorable a los productos importados tiene dos partes: la primera pregunta es si el reglamento técnico en litigio modifica las condiciones de competencia en detrimento de esos productos importados frente a los productos similares de origen nacional y/o a los productos similares originarios de cualquier otro país. Si es así, en la segunda parte de la prueba debe evaluarse si el efecto perjudicial para las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja una discriminación del grupo de productos importados. Cuando el efecto perjudicial causado por un reglamento técnico se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, ese reglamento técnico no está dando un trato menos favorable a los productos importados en el sentido del párrafo 1 del artículo 2. En lo que concierne a la prueba de si el efecto perjudicial "se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima", un grupo especial no incurre en error al evaluar si el efecto perjudicial puede conciliarse con la política perseguida por la medida en litigio, o tiene una relación racional con ella. Sin embargo, ello no debe impedir que se consideren otros factores que pueden ser pertinentes para el análisis. El concepto central para el análisis es la "imparcialidad". La imparcialidad es un concepto relacional. Debe examinarse mediante un análisis comparativo. Las distinciones reglamentarias, por definición, tratan a cada grupo de productos de manera diferente. Una evaluación apropiada de la imparcialidad solo puede hacerse por medio de un examen del trato dado a todos los grupos que se estén comparando. Al hacer ese examen, los Grupos Especiales deben considerar si los perfiles de riesgo de las pesquerías pertinentes que dan lugar a los distintos grupos de productos de atún son los mismos o diferentes. Se pide a los Grupos Especiales que al evaluar si la medida sobre el atún modificada se adapta adecuadamente en función de los efectos perjudiciales relativos resultantes para los delfines fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO en comparación con los que existen dentro de esa pesquería, formulen constataciones fácticas en relación con los distintos perfiles de riesgo de esas distintas pesquerías.

2. Los Grupos Especiales han preguntado si la exactitud de la información puede considerarse simplemente como el medio para lograr el objetivo principal de proteger a los delfines. La Unión Europea hace cuatro observaciones a este respecto. En primer lugar, desde el punto de vista doctrinal, la Unión Europea alerta del peligro de toda tendencia a reducir el análisis a un objetivo único y global y a utilizar ese objetivo individual como base para una indagación sin límites respecto de cada detalle de una medida concreta. Como hemos señalado previamente en el asunto *EPO*, la amplia evaluación en el marco del párrafo 1 del artículo 2 y, en particular, la evaluación de la imparcialidad, no puede exigir que las medidas sean tan puras como la nieve. En realidad, toda medida tendrá diversas características que no puedan explicarse por un único objetivo general. Una medida podría tener que mitigar los efectos perjudiciales en un objetivo contrapuesto, o simplemente en un objetivo distinto englobado por la medida. Ello no significa, por sí solo, que la medida no sea imparcial, o que refleje la existencia de discriminación. Exigir que una medida pueda explicarse por entero mediante un único objetivo, y que los demás objetivos sean solo medios para lograr un fin o tengan un carácter incidental, elevaría el listón situándolo fuera del alcance de cualquier Miembro regulador.

3. En segundo lugar consideraremos la vinculación conceptual abstracta entre los dos objetivos en cuestión en el presente asunto. Por un lado, "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines" y, por otro, "contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado estadounidense no se utilice para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de forma que tenga efectos perjudiciales en los delfines". En el plano conceptual abstracto, el sentido del objetivo de "información al consumidor" no se agota considerándolo un simple medio para lograr un fin. El objetivo de "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores" es legítimo en sí mismo. Al perseguir ese objetivo, un Miembro de la OMC puede, por ejemplo, tratar de dar a sus ciudadanos la capacidad de hacer una elección fundamentada. Puede tratar de poner a disposición de sus ciudadanos información exacta y de

empoderarlos para tomar por sí mismos sus decisiones, sobre la base de la evaluación que ellos mismos hagan de la información exacta que reciben. Todo ello puede empoderar a una ciudadanía activa y responsable. Ello demuestra que el objetivo de garantizar que no se induzca a error a los consumidores puede ser un objetivo en sí mismo. Puede ir mucho más allá del objetivo de proteger a los delfines.

4. En tercer lugar, en un plano abstracto y en relación con el orden de prioridad entre diferentes objetivos, no consideramos, en un plano abstracto, que un grupo especial deba aventurarse a establecer una pirámide normativa de diferentes objetivos a los que ese grupo especial asignaría diferente peso. Si los órganos de solución de diferencias de la OMC establecieran una pirámide abstracta con respecto a la importancia de los diferentes objetivos en el marco del párrafo 1 del artículo 2 irían más allá de lo que puede y debe esperarse razonablemente de un grupo especial o del Órgano de Apelación y, ciertamente, invadirían el espacio de reglamentación de los Miembros de la OMC.

5. En cuarto lugar, el hecho de que, en términos abstractos, esos objetivos (exactitud de la información y protección de los delfines) puedan superponerse y seguir siendo, sin embargo, independientes entre sí no implica necesariamente que los Estados Unidos los hayan presentado como plenamente independientes en las presentes actuaciones.

6. Además de las observaciones expuestas en nuestras declaraciones escritas y orales, la Unión Europea desea responder globalmente a las preguntas de los Grupos Especiales con cuatro observaciones principales.

7. En primer lugar, no consideramos que la tarea de los Grupos Especiales se limite a considerar o centrarse en los criterios de admisibilidad únicamente. Por el contrario, consideramos que los Grupos Especiales deben considerar la medida en su conjunto, y ello incluirá necesariamente un examen de los otros elementos, incluidas las prescripciones en materia de certificación, las prescripciones en materia de seguimiento y verificación y las disposiciones relativas a las determinaciones. Los Grupos Especiales tendrán que adoptar una opinión sobre la medida en su conjunto que sea equilibrada y razonable. A este respecto, observamos también que las medidas de reglamentación pueden perseguir legítimamente más de un objetivo a la vez, y que, de hecho, ello es bastante habitual. También es muy posible que haya varios objetivos que, de alguna manera, se contrapesen recíprocamente. Ello puede significar que la medida contribuye al logro de un objetivo concreto, pero que esa contribución está limitada intrínsecamente por el deseo de perseguir el otro objetivo al mismo tiempo. En sí mismo, ello no significa necesariamente que la medida sea internamente incoherente o inconsistente y que, por lo tanto, ponga de manifiesto la existencia de una discriminación *de facto*.

8. En segundo lugar, deseamos subrayar una vez más que el espacio de reglamentación o autonomía de reglamentación es un pilar del sistema jurídico de la OMC como lo son el trato NMF o el trato nacional. La OMC no contempla una armonización internacional completa. Por razones similares, no contempla que grupos especiales que se ocupen sucesivamente de una misma cuestión erosionen gradualmente el espacio de reglamentación del Miembro regulador hasta que quede una única solución reglamentaria. Antes bien, un problema de reglamentación dado puede ser susceptible de ser abordado por medio de más de una respuesta de reglamentación. Para que el espacio de reglamentación tenga algún sentido, tiene que haber situaciones en las que se presenten dos o más soluciones y el Miembro regulador conserve la libertad de elegir entre ellas sin que un grupo especial cuestione esa elección.

9. A este respecto, como ha explicado el Órgano de Apelación, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC (que establece una prueba de necesidad, no una prueba de proporcionalidad pura o estricta) informa contextualmente el análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 de la cuestión de si hay o no discriminación *de facto*. El concepto de discriminación *de facto* no es, en sí mismo, una panacea (y no debe ser el primero al que se recurra), sino que tiene más bien el carácter de una red de seguridad para proteger contra los abusos en forma de reglamentaciones aparentemente neutrales en cuanto al origen que sean, de hecho, restricciones encubiertas del comercio internacional. Esto significa que, en el contexto del análisis de la discriminación *de facto*, no se debe rebasar el ámbito de un análisis normal de la necesidad. No corresponde al órgano resolutorio la tarea de opinar sobre cuál sería la transacción adecuada entre el objetivo legítimo y la restricción del comercio. Esa es una cuestión que debe decidir el Miembro regulador al fijar su

nivel adecuado de protección (que determina qué es lo que interesa al Miembro regulador y en qué medida le interesa).

10. En el presente asunto, lo que esto significa es que debemos observar que los perfiles de riesgo relativo de las diversas pesquerías, por un lado, y el trato dado a esas diferencias en el diseño y la arquitectura de la medida en litigio, especialmente en lo que concierne a los costos de reglamentación impuestos, por otro lado, son comparables en términos generales. Por ejemplo, si se observa una diferencia de aproximadamente 10:1, por ejemplo, en los perfiles de riesgo, eso es, aproximadamente, lo que se esperaría observar en la medida en litigio. Una proporción inferior (por ejemplo, 8:1) no debería siquiera dar lugar a un problema en el presente asunto, ya que significaría que la medida en litigio *se adecua relativamente* a los intereses comerciales de México. En presencia de tal disparidad, podría ser innecesario e incorrecto concluir que hay una incoherencia interna que pone de manifiesto una discriminación *de facto*. Por otro lado, una proporción superior (por ejemplo, 12:1) no debería llevar necesariamente a una constatación de infracción. Estas son únicamente aproximaciones. Como mínimo, cuando los Grupos Especiales se encuentren operando dentro del margen de error de las herramientas de análisis de las que disponen, deben ser extremadamente cautelosos al censurar la medida en litigio, puesto que existe el grave riesgo de que, al hacerlo, invadan el espacio de reglamentación del Miembro regulador. Por último, si la proporción parece ser muy diferente (por ejemplo, 20:1), puede constituir un indicio de infracción.

11. Evidentemente, podría ser difícil en sí mismo cuantificar cuál es de hecho el margen de error y, por lo tanto, esa determinación podría tener también el carácter de una aproximación o una evaluación cualitativa. En tales circunstancias, sería especialmente importante prestar cuidadosa atención a la cuestión de sobre quién recae la carga de la prueba.

12. Por estas razones, no estamos de acuerdo con la afirmación de México de que los Grupos Especiales deben considerar si hay o no en otros lugares un daño para los delfines superior al *de minimis*, y que, si lo hay, deben pronunciarse a favor de México. A nuestro juicio, esa no es la pregunta apropiada. Como se ha expuesto *supra*, la pregunta es, en cambio, si los distintos perfiles de riesgo (sean o no *de minimis*) están o no reflejados adecuadamente en el diseño y la arquitectura de la medida en litigio.

13. En tercer lugar, la carga de la prueba con respecto a los distintos perfiles de riesgo recae sobre el reclamante, México. México denuncia que los Estados Unidos están mostrando una suerte de "precaución" inversa con respecto a otras pesquerías, porque se abstienen de suponer la existencia de daño si no hay pruebas que la demuestren. A este respecto, la UE señala a modo de contexto que, con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF (respecto del cual se considera, por lo general, que incorpora un cierto concepto de "precaución"), la obligación del Miembro regulador es simplemente tratar de obtener la información necesaria para hacer una evaluación más objetiva del riesgo. Eso no significa que el Miembro regulador esté obligado a llevar a cabo él mismo las investigaciones necesarias por cuenta de la parte interesada que trata de obtener el acceso al mercado. Antes bien, dicho Miembro puede simplemente formular preguntas legítimas, y corresponde entonces a la parte interesada aducir las pruebas necesarias. Así pues, en la medida en que México entiende qué pruebas se requieren y las autoridades estadounidenses están dispuestas a recibir tales pruebas, no vemos ninguna base en la que apoyar una alegación de infracción formulada por México. Entendemos que puede resultar relativamente difícil para México probar los puntos pertinentes, y eso es algo que los Grupos Especiales pueden y deben tener en cuenta; pero la carga de la prueba recae sobre México.

14. En cuarto lugar, no creemos que la adaptación (que no es un término recogido en los tratados) implique un análisis cuantitativo preciso, o una hiperadaptación o ultradaptación. Hay abundante jurisprudencia en materia de medidas comerciales correctivas que confirma que los Miembros no están obligados a utilizar métodos cuantitativos. Ello es más cierto aún en la esfera del derecho de la reglamentación. Además, como se ha explicado *supra*, la adaptación no implica que un grupo especial pueda entrar en la cuestión de si considera o no que la transacción entre el objetivo legítimo y la restricción del comercio es aceptable, ya que fijar el nivel adecuado de protección es algo que corresponde al Miembro regulador.

15. Antes bien, lo que exige la adaptación (con referencia a la observación de elementos comparables en términos generales mencionada *supra*) es que los Grupos Especiales se cercioren de que el Miembro regulador ha establecido adecuadamente los hechos y ha realizado una

evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si es así, y las diferencias entre los perfiles de riesgo y los diversos elementos de la medida son comparables en términos generales, aunque los propios Grupos Especiales pudieran haber llegado a una conclusión global diferente de haber estado en la posición del regulador, la evaluación del Miembro regulador no debe ser invalidada. Esta es la única manera en que se puede dar sentido en la práctica al concepto de espacio de reglamentación.

ANEXO C-6

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL JAPÓN

I. LA ADAPTACIÓN EN FUNCIÓN DEL RIESGO AL DETERMINAR LA IMPARCIALIDAD EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC

1. El Órgano de Apelación ha explicado que una evaluación de la cuestión de si un reglamento técnico da un "trato no menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC entraña un examen de dos partes, a saber: 1) la cuestión de si el reglamento técnico modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados; y, 2) en tal caso, si el efecto perjudicial para las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Los argumentos del Japón se centran en la segunda parte del análisis: la cuestión de si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

2. En el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, el Órgano de Apelación constató que, "[a]l determinar si el efecto perjudicial en las importaciones se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, un grupo especial debe examinar cuidadosamente si el reglamento técnico en litigio es imparcial en el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación a la luz de las circunstancias concretas del caso".[1] A continuación, examinó si las diferentes condiciones para acceder a la etiqueta "*dolphin safe*" se "adaptaban" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.[2] El Japón entiende que un examen de la cuestión de si la medida se adapta en función del riesgo es un medio apropiado para evaluar si una medida es imparcial y, por lo tanto, está en conformidad con el párrafo 1 del artículo 2.

3. A la luz de lo anterior, al considerar si la medida estadounidense cumple el párrafo 1 del artículo 2, el Grupo Especial debe examinar si los Estados Unidos llevaron a cabo debidamente un análisis comparativo de los niveles globales de riesgo para los delfines en las distintas pesquerías y métodos de pesca, y si el trato dado de conformidad con la medida estadounidense a cada uno de los grupos comparados se adapta debidamente en función de los niveles de riesgo identificados para ese grupo.[3]

A. Análisis comparativo de los distintos riesgos para los delfines

4. El análisis de si una medida se adapta debidamente en función de los riesgos y, por lo tanto, es imparcial, debe comenzar por una identificación objetiva de los riesgos que se derivan para los delfines en cada pesquería y con arreglo a cada método de pesca, seguido de un análisis comparativo de los perfiles de riesgo pertinentes. Un examen de si una medida se adapta debidamente requiere también comparar las distintas condiciones en materia de etiquetado aplicadas a cada grupo con los riesgos identificados en cada grupo.

5. Es importante identificar de manera precisa y objetiva la naturaleza y el grado de los riesgos pertinentes que aborda la medida en litigio. A este respecto, el Japón observa que los Estados Unidos establecen una distinción entre los perfiles de riesgo en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO, por un lado, y en todas las demás pesquerías, por otro. Sin embargo, las frecuencias de interacción con los delfines y mortalidad de delfines en las distintas zonas de los océanos en las "demás pesquerías" pueden no ser idénticas. Además, las pruebas presentadas por México que ponen en cuestión los exámenes fácticos de los Estados Unidos parecen justificar una ulterior indagación de la exactitud de las diferencias señaladas en los perfiles de riesgo entre las distintas pesquerías examinadas por los Estados Unidos. En la medida en que esas distintas

[1] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.31 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182).

[2] *Véase* el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafos 7.152 y 7.239.

[3] *Véase* el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.161.

pesquerías pueden tener perfiles de riesgo distintos, el Japón cree que es necesario realizar una identificación precisa y objetiva de los riesgos, seguida de una comparación de los respectivos perfiles de riesgo de las respectivas pesquerías, en lugar de comparar únicamente los riesgos que existen en la pesquería de grandes buques de cerco del PTO con los riesgos que existen fuera de la pesquería de grandes buques de cerco del PTO.

B. La cuestión de si el trato dado a cada grupo se adapta debidamente en función de los riesgos pertinentes teniendo en cuenta el objetivo de la medida

1. La cuestión de si el trato distinto es proporcionado al riesgo pertinente

6. Una vez que se han identificado los riesgos, el Miembro debe determinar si el trato distinto dado a cada grupo es proporcionado al riesgo pertinente, teniendo en cuenta el objetivo de la medida, determinado por el Miembro que la aplica. A tal efecto, y, por lo tanto, para determinar si la medida en litigio es imparcial, el Grupo Especial debe examinar si las distinciones reglamentarias (en el presente asunto, la diferencia en las condiciones para el acceso de los productos de atún a las etiquetas *dolphin safe*) se adecuan a los distintos perfiles de riesgo que existen en las distintas pesquerías y métodos de pesca. Además, aunque los Miembros disponen de un cierto margen de discrecionalidad al establecer condiciones en materia de etiquetado adaptadas en función de distintos perfiles de riesgo, esas condiciones en materia de etiquetado deben estar diseñadas para garantizar que se dé acceso a la etiqueta *dolphin safe* al atún y los productos de atún procedentes de pesquerías que tengan el mismo nivel de inocuidad para los delfines.

7. El Japón observa que el riesgo abordado por los Estados Unidos por medio de su medida puede ser mitigado o eliminado por medio de políticas aplicadas por otros gobiernos. Esas políticas de mitigación no se tienen en cuenta en la medida estadounidense. Por ejemplo, como los Estados Unidos reconocen, la medida estadounidense trata los lances sobre delfines, y los productos de atún obtenidos mediante lances sobre delfines, de manera diferente a otros métodos de pesca y los productos de atún que esos métodos producen. Aun reconociendo que los lances sobre delfines son un método de pesca intrínsecamente dañino, la medida estadounidense no prevé la consideración de ninguna otra medida o mecanismo que pueda emplearse en los buques o las pesquerías para mitigar ese daño y alcanzar el mismo nivel de inocuidad que otros métodos de pesca que tienen derecho a recibir la etiqueta *dolphin safe*. A juicio del Japón, una medida viable debe centrarse en el riesgo y la relación de este con los tratos reglamentarios en cuestión, y debe dejar margen para que otros Miembros lleven a cabo políticas que logren el objetivo perseguido por la medida en cuestión.

2. La cuestión de si el trato perjudicial tiene una relación racional con el objetivo de política de la medida

8. La cuestión de si el trato perjudicial puede conciliarse o está racionalmente relacionado con la política perseguida por la medida en litigio también ofrece un contexto válido para la cuestión de si una medida da un "trato no menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2, ya que constituye parte del análisis global de la cuestión de si la medida estadounidense es imparcial.

9. El Japón no discute que los Estados Unidos tienen la facultad discrecional de aplicar medidas para perseguir objetivos legítimos. Sin embargo, esa autonomía de reglamentación no es ilimitada, y la aplicación de una medida de una manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificada entre los productos similares en cuestión no está permitida. Para evitar situaciones en las que se otorgue una autonomía de reglamentación ilimitada, los objetivos de política de la medida deben articularse con precisión, de manera que el Grupo Especial pueda determinar si los distintos tratos con arreglo a las distintas condiciones en materia de etiquetado están racionalmente relacionados con el objetivo de política. El Grupo Especial también debe examinar rigurosamente si los distintos tratos con arreglo a las distintas condiciones en materia de etiquetado están diseñados apropiadamente para perseguir ese objetivo de política.

10. La manera en que los Estados Unidos definen y articulan su objetivo de política al aplicar una medida será pertinente al determinar si la medida elegida se adapta debidamente para cumplir esos objetivos en función de los riesgos. Además, a la luz de lo anterior, es el Miembro que aplica la medida el que está en la mejor posición para exponer y explicar al grupo especial que ha articulado claramente el objetivo de política de una medida. Por lo tanto, en el presente asunto son los Estados Unidos, y no México, quienes están mejor situados para presentar una articulación clara de su objetivo de política al Grupo Especial.

11. La etiqueta *dolphin safe* solo ofrece información sobre si el producto satisface las condiciones en materia de etiquetado, que, a su vez, reflejan el objetivo de política de la medida estadounidense. Sin embargo, el Japón considera que la evaluación de la exactitud de la información facilitada por la etiqueta está comprendida en la prueba de imparcialidad. Por lo tanto, el Grupo Especial debe asegurarse de que, en cada producto, la presencia de una etiqueta *dolphin safe* representa un nivel uniforme de inocuidad para los delfines con arreglo al objetivo de política, con independencia del perfil de riesgo de la pesquería y el método de pesca, o de las distintas condiciones en materia de etiquetado. Pueden aplicarse condiciones en materia de etiquetado distintas en función de los perfiles de riesgo de las pesquerías y los métodos de pesca, pero solo de manera que se garantice que se aplica a cada uno de los productos similares el mismo umbral para acceder al mismo etiquetado.

II. INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO III Y EL ARTÍCULO XX DEL GATT DE 1994

12. En consonancia con las opiniones que expresó ante los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en procedimientos anteriores en el presente asunto, el Japón reitera que un análisis del "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 debe entrañar también una evaluación de la legitimidad de la medida a la luz de los objetivos de política que persigue. En esta ocasión, sin embargo, el Japón se centrará en la manera en que deben considerarse los objetivos de política en el marco del artículo XX.

13. En el presente asunto, en relación con la parte introductoria del artículo XX, el Grupo Especial debe evaluar si la medida estadounidense constituye una discriminación arbitraria e injustificable, centrándose en "los fundamentos expuestos para explicar [la] existencia [de la discriminación]". Los Estados Unidos están en la mejor posición para articular el objetivo de política que subyace al trato discriminatorio y los fundamentos de la discriminación. El Grupo Especial deberá entonces llevar a cabo un examen riguroso de la cuestión de si los Estados Unidos han explicado los fundamentos que explican la discriminación y la relación entre la discriminación y el objetivo de política, y determinar, así, si la discriminación que establece la medida estadounidense tiene por objeto lograr el objetivo reglamentario de proteger a los delfines de una manera uniforme e imparcial para todos los productos similares, incluidos tanto los productos nacionales como los extranjeros.

14. Por último, el Japón observa que los "criterios de admisibilidad" excluyen del derecho a la etiqueta *dolphin safe* al atún capturado mediante pesca en gran escala con redes de deriva en alta mar y pesca con redes de cerco mediante "lances sobre delfines". El Grupo Especial debe considerar si esa prescripción de admisibilidad puede constituir una discriminación arbitraria, ya que constituye una "prescripción única, rígida e inflexible" que ofrece "poca o ninguna flexibilidad [a los funcionarios que formulan la determinación]".[4] A este respecto, el Japón observa que el Órgano de Apelación constató en *Estados Unidos - Camarones* que "la discriminación no solamente tiene lugar cuando países en los que prevalecen las mismas condiciones reciben un trato diferente, sino también cuando la aplicación de la medida en cuestión no permite ninguna investigación para determinar si el programa reglamentario es apropiado a las condiciones que prevalecen en esos países exportadores".[5]

15. A este respecto, el Japón señala la constatación del Órgano de Apelación de que "autorizar a un Miembro importador a condicionar el acceso al mercado a que los Miembros exportadores pongan en vigor programas reglamentarios comparables en eficacia al del Miembro importador deja al Miembro exportador un grado de discrecionalidad suficiente en lo que respecta al programa

[4] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 177.
[5] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 144.

que puede adoptar para conseguir el grado de eficacia necesaria".[6] El Japón opina que, cuando las distinciones reglamentarias no se basan en las características objetivas de los propios productos, sino en el proceso o método de producción del producto -que puede variar de un país a otro, de una rama de producción a otra y de un producto a otro-, un país importador no necesariamente está en condiciones de adoptar un proceso o método de producción único para alcanzar el nivel de eficacia requerido.

[6] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 144.

ANEXO C-7

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE NUEVA ZELANDIA

I. INTRODUCCIÓN

1. Nueva Zelandia aborda dos cuestiones en este segundo procedimiento de grupo especial sobre el cumplimiento: en primer lugar, el papel de la evaluación de la adaptación en la presente diferencia; y, en segundo lugar, la condición jurídica del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC. Las observaciones de Nueva Zelandia reflejan nuestro interés sistémico en la correcta aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC).

II. LA EVALUACIÓN DE LA ADAPTACIÓN EN LA PRESENTE DIFERENCIA

2. Ambos reclamantes en la presente diferencia parecen estar de acuerdo en que la cuestión de derecho que el Grupo Especial tiene ante sí es la interpretación y aplicación de la evaluación de la adaptación examinada en el informe del Órgano de Apelación en el procedimiento inicial. Aunque Nueva Zelandia no desea hacer observaciones sobre los hechos relacionados con la evaluación de la adaptación propiamente dicha, sí lo hará en relación con el papel que tuvo esa evaluación en la presente diferencia y el que en su caso pueda tener en futuras diferencias en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

3. El término adaptación fue utilizado por primera vez en la presente diferencia por los Estados Unidos, que adujeron en el procedimiento inicial que la medida sobre el atún inicial era imparcial y, por lo tanto, compatible con el párrafo 1 del artículo 2, porque se adaptaba en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[1] Posteriormente, fue utilizado por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial para evaluar el argumento de los Estados Unidos.

4. El Órgano de Apelación también utilizó ese término en el primer procedimiento sobre el cumplimiento, en el que la adaptación era pertinente para determinar si las distinciones reglamentarias establecidas por la medida sobre el atún modificada, y el efecto perjudicial resultante, podían explicarse por ser proporcionadas a los riesgos diferentes asociados a la pesca del atún en los distintos océanos y utilizando distintos métodos de pesca.[2] Dicho de otro modo, formó parte, de nuevo, de la evaluación de la cuestión de si la medida sobre el atún modificada en litigio se aplicaba imparcialmente.

5. Por lo tanto, el papel de la evaluación de la adaptación en la presente diferencia formaba parte de la prueba de imparcialidad en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. No era una prueba distinta en y por sí misma. En consecuencia, que sea apropiado aplicar una evaluación de la adaptación para determinar si una medida es imparcial en otra diferencia dependerá de los hechos de esa diferencia.

6. Nueva Zelandia también desea señalar que el Órgano de Apelación no pareció basarse en la evaluación de la adaptación al determinar si la medida sobre el atún modificada era imparcial. Se basó en otras características de la medida sobre el atún modificada que no dependían de una evaluación de los riesgos relativos relacionados con diferentes métodos de pesca en distintas zonas de los océanos.[3] El Órgano de Apelación examinó la imparcialidad de las condiciones en materia de etiquetado aplicadas de conformidad con la medida sobre el atún modificada en determinadas situaciones que presentarían riesgos para los delfines de magnitud comparable dentro y fuera de la pesquería de buques de cerco del PTO.

7. Por lo tanto, puede ser necesario que el Grupo Especial considere factores distintos de la evaluación de la adaptación para resolver la presente diferencia.

---

[1] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafos 7.258, 7.574, 7.559, 7.561.

[2] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México) (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafos 7.126, 7.155, 7.160.

[3] *Ibid*., párrafos 7.254-7.266.

III. CONDICIÓN JURÍDICA DEL PREÁMBULO DEL ACUERDO SOBRE LA OMC

8. La segunda cuestión respecto de la que Nueva Zelandia quiere hacer observaciones es la condición jurídica del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC.

9. En el párrafo 32 de su segunda comunicación escrita México sostiene que, si los medios que los Miembros utilizan para alcanzar sus objetivos son incompatibles con los objetivos del desarrollo sostenible, también son incompatibles con sus obligaciones en el marco de la OMC. Nueva Zelandia valora la importancia de las pesquerías medioambientalmente sostenibles, no solo en el Pacífico, sino en todos los océanos del mundo. Esa no es la cuestión que se aborda aquí. La cuestión sobre la que Nueva Zelandia quiere hacer observaciones es si el preámbulo crea, en y por sí mismo, obligaciones vinculantes de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC y sus Anexos.

10. A juicio de Nueva Zelandia, el preámbulo proporciona el contexto en el que los Miembros han acordado contraer los derechos y obligaciones expuestos en los artículos y Anexos del Acuerdo sobre la OMC. Por lo tanto, el preámbulo puede utilizarse como ayuda interpretativa para comprender esos derechos y obligaciones. Sin embargo, no impone por sí mismo a las partes derechos u obligaciones jurídicamente vinculantes. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respalda esta opinión. En él se identifica el preámbulo como parte del contexto para los efectos de la interpretación de un tratado. De manera similar, la jurisprudencia de la OMC confirma que el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC es una ayuda para la interpretación. En *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación consideró que el preámbulo "da[] color, consistencia y matiz" a la interpretación de los Acuerdos anexos al Acuerdo sobre la OMC.[4]

11. Nueva Zelandia considera que también hay respaldo para esa opinión en la estructura y texto del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC. En primer lugar, el término "acuerdan" solo se menciona al final del preámbulo. Introduce lo que figura en la parte siguiente, es decir, los artículos del Acuerdo sobre la OMC, que establecen los derechos y obligaciones acordados por las partes en virtud del Acuerdo sobre la OMC. En consecuencia, los derechos de los Miembros de la OMC se establecen después del preámbulo, no dentro de él. Dicho de otro modo, el preámbulo puede considerarse como un preludio con respecto a los derechos y obligaciones establecidos en el Acuerdo.

12. En segundo lugar, el texto refleja un enfoque exhortativo, no compromisos vinculantes. En él se utilizan expresiones como "reconociendo", "deseosas". Como se ha indicado, el término "acuerdan" solo se utiliza para introducir el texto que sigue al preámbulo.

13. A juicio de Nueva Zelandia, el preámbulo es una valiosa ayuda para interpretar los derechos y obligaciones de un Miembro establecidos en las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC y sus Anexos. Sin embargo, no crea, en y por sí mismo, obligaciones jurídicamente vinculantes.

[4] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 153.

ANEXO C-8

RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE NORUEGA

I. PÁRRAFO 1 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO OTC - ANÁLISIS DE LA ADAPTACIÓN

1. El Órgano de Apelación ha aclarado que la indagación pertinente en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC al considerar si el efecto perjudicial se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima es si la distinción reglamentaria se ha diseñado y se aplica de una manera imparcial, o si carece de imparcialidad, por ejemplo porque está diseñada o se aplica de una manera que constituye una discriminación arbitraria o injustificada.[1]

2. En el procedimiento inicial de la presente diferencia, el Órgano de Apelación aceptó el concepto de "adaptación". El Órgano de Apelación ha aclarado que no se trata de una prueba distinta, sino de una parte de la evaluación al considerar si una medida es "imparcial".[2] En la presente diferencia en concreto, un análisis de la adaptación incluye un examen de si las distintas condiciones para el acceso a una etiqueta "*dolphin safe*" se "adaptan" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. Contrariamente a lo que México aduce en su primera comunicación escrita[3], Noruega está de acuerdo con otros terceros en que la prueba de adaptación no debe incluir un examen de la exactitud de la certificación, el mantenimiento de registros y/o la notificación relacionados con las condiciones en materia de etiquetado.[4] Observamos que ello no fue parte de la prueba aplicada por el Órgano de Apelación en el procedimiento inicial en la presente diferencia.

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

3. Ambas partes hacen observaciones sobre la carga de la prueba en el presente procedimiento en sus comunicaciones a los Grupos Especiales. Aunque México indica que corresponde a los Estados Unidos la carga de la prueba en relación con el artículo XX del GATT, parece no pronunciarse en relación con la carga de la prueba en lo que concierne al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC. Por otro lado, los Estados Unidos afirman reiteradamente que corresponde a los Estados Unidos la carga de la prueba en relación con el asunto sometido por los Estados Unidos, y a México la carga de la prueba en relación con el asunto sometido por México. Además, los Estados Unidos hacen referencia a la declaración del Órgano de Apelación de que "la parte que afirma un hecho es la parte que está obligada a demostrarlo".[5]

4. Noruega opta por abstenerse de especular en relación con qué es lo que los Estados Unidos pueden dar a entender que es la consecuencia, en relación con la carga de la prueba, del hecho que hayan iniciado un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 en una diferencia en la que eran inicialmente el demandado. Sin embargo, deseamos señalar que, en la solución de diferencias en la OMC, el principio fundamental para la asignación de la carga de la prueba es que "la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa".[6] Además, "[s]i esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción".[7] El Órgano de Apelación, en el primer procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 de la presente diferencia, confirmó la

[1] 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.

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

[3] Primera comunicación escrita de México, párrafos 218 y siguientes.

[4] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero, comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero.

[5] Segunda comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafo 11, y tercera comunicación escrita de los Estados Unidos, en las cuales se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 283.

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

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

declaración que hizo en el procedimiento inicial de que ese principio se aplica también al párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

5. Como explicó el Órgano de Apelación:

> En el marco del párrafo 1 del artículo 2, esto significa que un reclamante debe demostrar que, en virtud del reglamento técnico en litigio, el trato que se da a los productos importados es menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares o a productos similares originarios de cualquier otro país. [...] Sin embargo, si el demandado demuestra que el efecto perjudicial para los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima, de ello se deduce que la medida impugnada no es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2.[8]

6. El empleo de los términos "reclamante" y "demandado" por el Órgano de Apelación debe situarse en su contexto. A este respecto, remitimos a la declaración reiterada por el Órgano de Apelación de que "el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no tiene lugar de manera aislada del procedimiento inicial, sino que ambos procedimientos forman parte de un conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad".[9] El conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad significa, a juicio de Noruega, que quienes son considerados reclamante y demandado respectivamente con respecto a la carga de la prueba en relación con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC son los mismos que en el procedimiento inicial. Dicho de otro modo, ello no varía en función de quién haya iniciado el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.

7. Por lo tanto, resulta claro que en la presente diferencia en concreto, corresponde a México demostrar que se satisface la primera parte del criterio jurídico para establecer una infracción del párrafo 1 del artículo 2 - es decir, 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 similares u otros productos extranjeros.[10] Si se demuestra ese efecto perjudicial, corresponde a los Estados Unidos demostrar que el efecto perjudicial en los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

_____

[8] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafo 7.32.

[9] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (párrafo 5 del artículo 21 - México)*, párrafos 5.9 y 7.64, donde se hace referencia a informes anteriores del Órgano de Apelación.

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