

COMENTARIO SOBRE *ESTADOS UNIDOS – ATÚN II (MÉXICO)*, INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

*Yahir Acosta**

Resumen: Los Estados Unidos impusieron un complejo sistema de etiquetado relacionado con la importación, comercialización y venta de atún. En resumen, las principales constataciones del Órgano de Apelación en esta diferencia comercial son las siguientes: 1) a pesar de que el etiquetado *dolphin safe* era en principio de cumplimiento voluntario, el Órgano de Apelación encontró que en su funcionamiento era obligatorio, y por tanto es un reglamento técnico; 2) los reglamentos técnicos deben respetar el principio de trato nacional y no pueden modificar las “condiciones de competencia”, lo cual no hizo la etiqueta *dolphin safe*; 3) dicha etiqueta no es otorgada de manera equitativa, puesto que es posible otorgársela a atunes que han sido pescados lastimando o matando a delfines; 4) la medida estadounidense no restringe el comercio más de lo necesario; y 5) las normas internacionales (a efectos del *Acuerdo OTC*) deben ser creadas por una institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros, lo cual no hizo el sistema del *Acuerdo APICD*, y por lo tanto la etiqueta alternativa propuesta por México no está conforme con el derecho del *Acuerdo OTC*.

Palabras clave: Estados Unidos, México, atún, delfín, *dolphin safe*, artículo 2 del *Acuerdo OTC*, trato nacional, OMC, Decisión del Comité *OTC*, norma internacional, sistema de etiquetado, reglamento técnico, *Acuerdo APICD*.

Abstract: The United States imposed a complex labeling system associated with the importation, marketing and sale of tuna. In summary, the main findings of the Appellate Body in this trade dispute are: 1) although the dolphin safe label was initially of voluntary compliance, the Appellate Body found that on its performance it was mandatory, and therefore is a technical regulation; 2) technical regulations must respect the principle of national treatment and cannot alter the "conditions of competition". The dolphin safe label did not respect neither of them; 3) the label is not granted in an even-handed fashion, this is because there is tuna that could show the dolphin safe label even if this tuna has been fished while hurting or killing dolphins; 4) The dolphin safe label is not more trade restrictive than necessary, and; 5) international standards (within the meaning of the TBT Agreement) must be created by an institution or system open to the relevant bodies of at least all Members, which was not the case for the system within the AIDCP Agreement, and therefore the alternative label proposed by Mexico is not consistent with the TBT Agreement.

Keywords: United States, Mexico, tuna, dolphin, *dolphin safe*, Article 2 of the TBT Agreement, national treatment, TBT Committee Decision, international standard labeling system, technical regulation, AIDCP Agreement.

* Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (2007), becario Chevening por el Gobierno Británico (2009-2010) y Master con honores en Derecho Internacional Público por la *Queen Mary, University of London* (2010). Desde 2011 es Editor de la Revista de Derecho Económico Internacional, Departamento de Derecho, ITAM, México. Ha colaborado en diversos despachos tratando temas de comercio y arbitraje internacional.

I. Introducción



Imagen 1. La etiqueta “dolphin safe” y una especie de graffiti declarándola no consistente con el derecho de la OMC. El graffiti no es obra del Órgano de Apelación.

Me parece conveniente empezar este comentario con una imagen¹ muy provocadora. Creo que esta “intervención” de la etiqueta *dolphin safe* es una muestra de las enormes sensibilidades que subyacen en la disputa comercial *Estados Unidos – Atún II (México)*. El tema de la protección del medio ambiente en general, y la protección de los delfines en particular, sin lugar a dudas es un asunto relevante. Por esta razón, este caso se distingue por ser uno de los pocos asuntos que ha explorado la relación del comercio y medio ambiente, así como por tratarse de medidas sobre los procesos y métodos de producción (PMPs) que no afectan al producto como tal.²

El 13 de junio de 2012 se adoptó el informe emitido por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)*.³ Así como el Grupo Especial, aunque con diferentes constataciones intermedias, el Órgano de Apelación reiteró que la medida que establece el etiquetado “*dolphin safe*” de los Estados Unidos es incompatible con el derecho de la OMC, específicamente con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (*Acuerdo OTC*). En virtud de lo anterior, el máximo tribunal de la OMC recomendó que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) pida a los Estados Unidos que adecúen su medida en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de ese Acuerdo.

Esta decisión es una nueva estampa en la colección de decisiones sobre el atún mexicano y las restricciones estadounidenses a su comercialización que datan de la época pre-OMC.⁴

Como se ha subrayado en otros lugares, las constataciones del Órgano de Apelación son notables, puesto que determinan que una etiqueta en principio voluntaria puede

¹ Imagen obtenida de Eyes on Trade, Public Citizen’s Blog on Globalization and Trade, “Flipper gets axed by the WTO”, septiembre 15, 2011, disponible en: <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2011/09/flipper-again-on-the-wto-chopping-block.html>

² Bradly J. Condon, “Comentario sobre Estados Unidos – Atún II (México), Informe del Grupo Especial, 15 de septiembre de 2011”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen 2, Número 1, marzo 2012, ITAM, México.

³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México))*, WT/DS381/AB/R.

⁴ Por ejemplo, vease el Informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún* (IBDD 39S/155), 3 de septiembre de 1991, informe no adoptado (DS21/R – IBDD S39/183).

considerarse un reglamento técnico prohibido por el marco jurídico de la OMC.⁵ Dicho de otra forma, el Órgano de Apelación encontró que el funcionamiento del etiquetado "*dolphin safe*", al ser la única etiqueta disponible para hacer cualquier afirmación acerca de la inocuidad de los delfines, funcionaba como un requisito obligatorio. Así las cosas, la etiqueta parecía no ser tan voluntaria después de todo.

Para algunos, las consecuencias de estas constataciones del Órgano de Apelación significarán que otras etiquetas no obligatorias, como podrían ser las de alimentos ecológicos, "han entrado finalmente en el ámbito legal de la OMC".⁶

Este caso es interesante por varias razones. En primer lugar, porque como mencionó Bradley Condon, es uno de los primeros que interpreta y aplica los artículos 2.1 y 2.2 del *Acuerdo OTC*.⁷ Más aún, como ha señalado Brendan McGivern,⁸ este caso forma parte de una trilogía de asuntos⁹ que abordan por vez primera cuestiones relacionadas con el *Acuerdo OTC*, y que por lo tanto permitirán definir qué tipo de medidas pueden adoptar los miembros de la OMC cuando adopten regulaciones técnicas que se relacionen con el comercio internacional.

En resumen, las principales constataciones del Órgano de Apelación en esta diferencia comercial son las siguientes: 1) a pesar de que el etiquetado *dolphin safe* era en principio de cumplimiento voluntario, el Órgano de Apelación encontró que en su funcionamiento era obligatorio, y por tanto es un reglamento técnico; 2) los reglamentos técnicos deben respetar el principio de trato nacional y no pueden modificar las "condiciones de competencia", lo cual no hizo la etiqueta *dolphin safe*; 3) dicha etiqueta no es otorgada de manera equitativa, puesto que es posible otorgársela a atunes que han sido pescados lastimando o matando a delfines; 4) la medida estadounidense no restringe el comercio más de lo necesario; y 5) las normas internacionales (a efectos del *Acuerdo OTC*) deben ser creadas por una institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros, lo cual no hizo el sistema del Acuerdo APICD, y por lo tanto la etiqueta alternativa propuesta por México no está conforme con el derecho del *Acuerdo OTC*.

Por último, la solución política de este diferendo comercial es de pronóstico reservado. Por lo pronto, las reacciones a la resolución del máximo tribunal del comercio multilateral no se han hecho esperar. Algunos senadores estadounidenses ya han expresado su intención

⁵ "Etiqueta 'delfín-seguro' discrimina en contra del atún mexicano, advierte máximo tribunal de la OMC", Puentes Quincenal, mayo de 2012, disponible en <http://ictsd.org/i/news/puentesquincenal/133954/>

⁶ Marie Wilke, "El etiquetado de atún y la OMC: ¿Cuán seguro es el "dolphin safe"?", Puentes, Volumen 13, Número 5, septiembre de 2012, disponible en <http://ictsd.org/i/news/puentes/145991/>

⁷ Bradley J. Condon, *op. cit.*

⁸ Brendan McGivern, "WTO Appellate Body Report: United States – Tuna II", White & Case, Mayo 2012, disponible en <http://www.whitecase.com/files/Publication/0b4586d6-8dd1-4a8d-95c3-cc0e37aaf4c4/Presentation/PublicationAttachment/d53bfe6f-56a6-4992-8e2e-ce7e670c8f16/article-WTO-Appellate-Body-Report-US-Tuna-II.PDF>

⁹ Los tres asuntos son: 1) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México))*, WT/DS381/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2012; 2) Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor)*, WT/DS406/AB/R, adoptado el 4 de abril de 2012; y 3) Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (Estados Unidos – EPO)*, WT/DS384/AB/R y WT/DS386/AB/R, adoptado el 29 de junio de 2012.

de preservar el sistema de etiquetado *dolphin safe* sin cambios.¹⁰ Lo cierto es que habrá que esperar para ver cuál es la decisión que se toma sobre esta etiqueta. Es probable que no haya ningún comunicado del gobierno de los Estados Unidos sobre este tema hasta después de las elecciones presidenciales en noviembre de 2012.

II. ¿Cuál es la medida en litigio?

México impugnó instrumentos jurídicos de los Estados Unidos por los que se establecieron las condiciones para la utilización de una etiqueta "*dolphin safe*" en los productos de atún. Dichos instrumentos jurídicos son: la "Ley de Información al Consumidor para la Protección de los Delfines" ("Ley DPCIA"); su Reglamento de aplicación¹¹ (el "reglamento de aplicación"); y una decisión judicial de un tribunal de apelación federal de los Estados Unidos en el caso *Earth Island Institute v. Hogarth*¹² (la "decisión judicial en el caso *Hogarth*").

Considerados conjuntamente, la Ley DPCIA, el reglamento de aplicación y la decisión judicial en el caso *Hogarth* establecen las prescripciones para que los productos de atún vendidos en los Estados Unidos puedan ser etiquetados como "*dolphin safe*".¹³ Así, estos instrumentos fueron considerados por el Órgano de Apelación como la medida en litigio.

Para comprender cómo funciona el sistema de etiquetado "*dolphin safe*" primero debe decirse que existen diferentes métodos de captura de atunes, en función de la zona de pesca, así como de los buques pesqueros, es decir, la venta de atún puede lograrse gracias a diferentes "métodos de procesamiento y producción" (MPPs), así llamados en el argot legal del comercio internacional.

Esto ya nos adelanta las cuestiones que originalmente dieron nacimiento al presente caso, es decir, debido a que el sistema legal de los *Estados Unidos* consideró que los MPPs utilizados por México no cumplen con las reglas estadounidenses al respecto, no se podía otorgar a los productos mexicanos la estampa del delfín saltarín, o "*dolphin safe*" llamada en inglés. En este comentario nos referiremos a la etiqueta por su nombre en inglés, puesto que así se le llama en el Informe del Órgano de Apelación en español a esta etiqueta.

Evidentemente, el hecho de que México haya demandado en Ginebra a los *Estados Unidos* es una prueba de que México considera que el sistema de etiquetado estadounidense es contrario a la normas de la OMC.

III. La etiqueta "*dolphin safe*"

Los instrumentos jurídicos arriba mencionados supeditan el acceso a una etiqueta "*dolphin safe*" a determinadas pruebas documentales que varían en función de la zona en que se capture el atún que contenga el producto de atún y el tipo de embarcación y método de pesca utilizados para capturarlo. En particular, el atún capturado "efectuando lances

¹⁰ Eyes on Trade, Public Citizen's Blog on Globalization and Trade, "Senators Defend Dolphin Protections Threatened by WTO Ruling", julio 26, 2011, disponible en: <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2012/07/senators-send-letters-backing-dolphin-protection-laws.html>

¹¹ En específico, los artículos 216.91 y 216.92 del Título 50 del *Code of Federal Regulations* de los Estados Unidos

¹² Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Earth Island Institute v. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007) (Prueba documental 31 presentada por México al Grupo Especial).

¹³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (Estados Unidos – Atún II (México))*, WT/DS381/R, párrafo 7.24.

sobre"¹⁴ delfines no reúne actualmente los requisitos necesarios para llevar una etiqueta "dolphin safe" en los Estados Unidos, con independencia de que este método de pesca se utilice dentro o fuera del Océano Pacífico Tropical Oriental (el "PTO").¹⁵

Para no aburrirte, oh querido lector, resumiremos de manera muy compacta las condiciones para acceder a una etiqueta "dolphin safe". La ley DPCIA distingue entre cinco pesquerías distintas. Las pesquerías se definen de acuerdo tanto al método de pesca (tipo de embarcación, tipo de método de pesca, etc.) como a ciertas regiones geográficas de pesca (es decir, pesca en alta mar, en el PTO, fuera del PTO, o en zonas donde haya asociación entre delfines y atunes). En función de la pesquería en que se haya capturado el atún contenido en un producto de atún, la Ley DPCIA exige una o dos certificaciones como condición para utilizar una etiqueta "dolphin safe". Estas certificaciones obviamente implican mayores costos en la venta de atún.

IV. Caracterización jurídica de la medida en litigio

Ante el Grupo Especial, México impugnó la compatibilidad de las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "dolphin safe" con el párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y con el artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Antes de proceder a examinar el contenido de las alegaciones de México, el Grupo Especial dijo que determinaría como cuestión previa si, como sostenía México, la medida en litigio constituye un "reglamento técnico" al que se aplica el artículo 2 del *Acuerdo OTC*.¹⁶

En su análisis de esta cuestión, el Grupo Especial aplicó lo que describió como un "triple criterio"¹⁷ y formuló tres constataciones intermedias. La tercera de estas constataciones fue apelada por los *Estados Unidos*, es decir, que la medida en litigio establece prescripciones en materia de etiquetado "cuya observancia es obligatoria".¹⁸

1. Interpretación del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, o ¿qué es un reglamento técnico?

Antes de analizar la definición de "reglamento técnico" que figura en el párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*, recordamos que el Órgano de Apelación ya abordó el sentido de esa disposición en los asuntos *CE - Amianto* y *CE - Sardinias*. En este último asunto el Órgano de Apelación sostuvo que, para quedar comprendido en la definición de

¹⁴ "La técnica de pesca que consiste en "efectuar lances sobre" delfines aprovecha el hecho de que el atún suele nadar por debajo de los bancos de delfines en el PTO. El método de pesca supone la persecución y cercamiento de los delfines con redes de cerco para capturar el atún que nada debajo de ellos." Nota al pie original en informe del Órgano de Apelación.

¹⁵ "El PTO, como se define en la legislación de los Estados Unidos, se extiende hacia el oeste desde la costa occidental del continente americano para incluir la mayor parte del Pacífico Tropical al este de las Islas Hawái, y comprende zonas de alta mar y las zonas económicas exclusivas y los mares territoriales de Chile, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, El Salvador, los Estados Unidos, Francia (debido a la posesión francesa ultramarina de la Isla de Clipperton), Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y el Perú. Más concretamente, la Ley DPCIA define el PTO como "la zona del Océano Pacífico comprendida entre los 40° de latitud norte, los 40° de latitud sur, los 160° de longitud oeste y las costas occidentales de América del Norte, Central y del Sur". (DPCIA, apartado 1385(c)(2).)" Nota al pie original en informe del Órgano de Apelación.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.49.

¹⁷ *Ibid*, párrafo 7.53.

¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 183.

"reglamento técnico", el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable, debe establecer una o más características del producto, y "la observancia de las características del producto debe ser obligatoria".¹⁹

A. La cuestión de si la medida en litigio constituye un reglamento técnico

El Órgano de Apelación constató que la Ley DPCIA y el reglamento de aplicación son actos legislativos o reglamentarios de las autoridades federales estadounidenses.

El Órgano de Apelación concluyó que no existía posibilidad de un etiquetado alternativo, es decir, que están prohibidas las etiquetas que puedan inducir al error. Por lo tanto, no es posible usar etiquetas alternativas como "*dolphin friendly*" o "el delfín feliz".²⁰

El Órgano de Apelación también señaló que el hecho de que se pueda vender atún sin necesidad de obtener la etiqueta "*dolphin safe*" no impide constatar que una medida constituye un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1. El punto esencial en este diferendo comercial, enfatizó el Órgano de Apelación, es que cualquier productor, importador, exportador, distribuidor o vendedor de atún debe observar la medida en litigio para poder hacer declaraciones relativas a la condición "*dolphin safe*".²¹ Además, añadió el Órgano de Apelación, la medida en litigio establece mecanismos de vigilancia activa para garantizar la observancia de las normas e impone sanciones en caso de etiquetado indebido".²² Por esta razón, el Órgano de Apelación concluyó:

"En consecuencia, la medida de los Estados Unidos abarca todo el ámbito de lo que se entiende por "*dolphin safe*" en lo que concierne a los productos de atún. Por estas razones, *constatamos* que el Grupo Especial no incurrió en error al caracterizar la medida en litigio como un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*."²³

V. Discriminar o no discriminar: párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

México apeló la constatación del Grupo Especial de que México no demostró que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "*dolphin safe*" son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, el cual establece, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central, que: "[l]os Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país."

Para establecer una incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* debe demostrarse que concurren tres elementos: i) que la medida en litigio sea un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1; ii) que los productos importados sean similares a los productos nacionales y a los productos de otros orígenes; y

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 176.

²⁰ "la medida en litigio establece que la inclusión de la expresión "*dolphin safe*" en la etiqueta de un producto de atún, e incluso la utilización de cualquier etiqueta o marca que haga referencia a delfines, marsopas o mamíferos marinos, sin que se cumplan las condiciones establecidas en la medida es, por sí misma, una infracción del artículo 45 del Título 15 del *United States Code*" párrafo 195

²¹ Cfr. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 196

²² *Ibid*, párrafo 194

²³ *Ibid*, párrafo 199

iii) que el trato dado a los productos importados sea menos favorable que el otorgado a productos nacionales similares y a productos similares de otros países.²⁴ La apelación de México se refiere únicamente a la constatación del Grupo Especial con respecto al tercer elemento, es decir, el criterio del "trato no menos favorable" establecido en el párrafo 1 del artículo 2.²⁵ Así las cosas, el Órgano de Apelación enunció su orden de análisis señalando que primero comenzaría su análisis examinando el criterio jurídico de la prescripción relativa al "trato no menos favorable" que se establece en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y después examinaría la apelación de México con respecto a la interpretación y aplicación por el Grupo Especial de esta prescripción.

1. El "trato no menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

Sin señalarlo expresamente, el Órgano de Apelación coincidió con lo dicho por el Grupo Especial,²⁶ y dijo que:

“En sí mismos, los reglamentos técnicos son medidas que, por su propia naturaleza, establecen distinciones entre productos en función de sus características o de los procesos y métodos de producción con ellas relacionados. El párrafo 1 del artículo 2 no debe interpretarse en el sentido de que cualesquiera distinciones, en particular las que se basan exclusivamente en las características concretas de un producto o en los procesos y métodos de producción concretos con ellas relacionados, constituirían *per se* un "trato menos favorable" en el sentido de dicha disposición.”²⁷ [Al decir esto, citó al Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*]

El Órgano de Apelación continuó razonando que el sexto considerando del preámbulo reconoce que un Miembro de la OMC puede adoptar las medidas necesarias, entre otras cosas, para la protección de la salud y la vida de los animales o la preservación de los vegetales, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que "no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado" o una "restricción encubierta del comercio internacional" y de que "en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo". Aunque el sexto considerando no establece expresamente una obligación sustantiva, el Órgano de Apelación dijo estimar que éste arroja luz sobre el sentido y el alcance del requisito de "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2, al dejar claro, en particular, que los reglamentos técnicos pueden perseguir objetivos legítimos, pero no deben aplicarse en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado.²⁸ Al decir esto, citó nuevamente al Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*.

Además el Órgano de Apelación también constató que:

“Por lo que respecta al contexto que ofrecen otros acuerdos abarcados, observamos además que la

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 87.

²⁵ *Ibid*, párrafo 202

²⁶ *Ibid*, párrafos 203 y 204

²⁷ *Ibid*, párrafo 211

²⁸ *Ibid*, párrafo párrafo 213.

expresión "trato menos favorable" figura en el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.²⁹ En el contexto de esta disposición, el Órgano de Apelación ha indicado que se debería evaluar si se ha dado o no a los productos importados un trato "menos favorable" que a los productos nacionales similares "examinando si una medida modifica las *condiciones de competencia* en el mercado pertinente en detrimento de los productos importados".³⁰ Consideramos que esas constataciones anteriores del Órgano de Apelación son instructivas para evaluar el sentido de la expresión "trato no menos favorable", siempre que se tenga en cuenta el contexto específico en el que aparece la expresión, es decir, el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.^{31,32}

Sobre este punto de usar las herramientas de análisis proporcionadas por el artículo III del GATT como contexto de la obligación similar de trato nacional contenida en el *Acuerdo OTC*, es curioso que en el análisis del Grupo Especial en *Estados Unidos-EPO* se haya hecho un muy extenso análisis para concluir porque sí podía usarse el artículo III del GATT y su jurisprudencia como herramienta de interpretación. Aquí el Órgano de Apelación hizo este análisis en tan sólo un párrafo (y por cierto ni siquiera citó al Panel en *Estados Unidos-EPO*).

El Órgano de Apelación constató también que:

"Para averiguar si una medida se ajusta a la prescripción del "trato no menos favorable" establecida en el párrafo 1 del artículo 2 no es necesario determinar si los productos podrían de algún modo tener acceso a una ventaja, por ejemplo cumpliendo todas las condiciones aplicables. Más bien, como se explicó anteriormente, para determinar si se da a los productos importados un "trato menos favorable" en el sentido del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es preciso analizar si la medida impugnada modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos importados. Contrariamente a lo que parece haber supuesto el Grupo Especial, el hecho de que un reclamante pudiera cumplir o hubiera podido cumplir las condiciones impuestas por una medida impugnada no significa que esa medida sea compatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*."³³

²⁹ El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 establece lo siguiente:

Los productos del territorio de todo Miembro importados en el territorio de cualquier otro Miembro no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto.

³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 137. (las cursivas figuran en el original) En el asunto *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, el Órgano de Apelación aclaró también que, es necesario que haya siempre una "relación auténtica" entre la medida en litigio "y su repercusión desfavorable en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares para que esa repercusión pueda respaldar la constatación de que se concede a los productos importados un trato menos favorable". (Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos (Filipinas)*, párrafo 134.)

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180. Véase también el párrafo 215.

³² Las notas al pie figuran en el original. *Cfr.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún II (México)*, párrafo 214.

³³ *Ibid*, párrafo 221.

En un importante párrafo, el Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial aplicó un enfoque incorrecto al evaluar si la medida en litigio es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, por las siguientes razones:

“En su análisis, el Grupo Especial parece yuxtaponer los factores que "están relacionados con la nacionalidad del producto" a otros factores, como "las prácticas de pesca y de compra, la ubicación geográfica, la integración relativa de los diferentes segmentos de la producción y las decisiones económicas y de comercialización". Al proceder de ese modo, el Grupo Especial parece haber supuesto, incorrectamente en nuestra opinión, que las distinciones reglamentarias que se basan en "métodos de pesca" o "ubicaciones geográficas" diferentes, en lugar de basarse en el origen nacional *per se*, no pueden ser pertinentes para determinar la compatibilidad de una medida concreta con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El enfoque del Grupo Especial es difícil de conciliar con el hecho de que una medida puede ser incompatible *de facto* con el párrafo 1 del artículo 2 aun cuando por los términos en que está formulada sea neutral con respecto al origen. Como explicó el Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, al determinar si una medida es incompatible *de facto* con el párrafo 1 del artículo 2, "un grupo especial debe examinar cuidadosamente las circunstancias concretas del caso, esto es, el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, el funcionamiento y la aplicación del reglamento técnico en litigio y, en particular, si éste es imparcial".³⁴ El Grupo Especial no realizó dicho análisis en el presente caso. A diferencia del Grupo Especial, consideramos que, en un análisis del "trato menos favorable" en el marco del párrafo 1 del artículo 2, *cualquier* efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos importados frente a los productos nacionales similares que haya sido causado por una medida concreta puede ser pertinente."³⁵ [El Órgano de Apelación también añadió que podría] por tanto haber sido procedente que el Grupo Especial tomara en consideración, junto con otros factores, la cuestión de si la medida estadounidense tuvo el efecto de ejercer presión sobre México para que modificara sus prácticas. Sin embargo esto, por sí solo, no sería suficiente para establecer una infracción del párrafo 1 del artículo 2."³⁶

2. La cuestión de si la medida estadounidense es incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

Para realizar esta tarea, el Órgano de Apelación continuó con su análisis. Habiendo ya constatado i) que la medida en litigio es un reglamento técnico en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1; ii) que los productos importados son "similares" al producto nacional y los productos procedentes de otros orígenes (esta cuestión no fue controvertida por las partes); sólo quedaba por analizar al Órgano de Apelación si, iii) el trato otorgado a los productos importados es menos favorable que el concedido a productos similares nacionales y productos similares procedentes de otros países.

El análisis de esta cuestión fue dividido por el Órgano de Apelación en dos partes. En primer lugar procedió a evaluar si la medida en litigio modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún estadounidenses o los productos de atún originarios de cualquier otro Miembro. En segundo lugar procedió a examinar si cualquier efecto perjudicial refleja la existencia de discriminación contra los productos de atún mexicanos. El análisis del Órgano de Apelación estudió, en particular si, a la luz de las constataciones fácticas hechas por el Grupo Especial y los hechos no controvertidos que

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 182.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 225.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 227.

figuran en el expediente, la medida estadounidense es imparcial en cuanto a la forma en que aborda los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.³⁷

A. La cuestión de si la medida modifica las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos

El Órgano de Apelación concluyó que “las constataciones fácticas del Grupo Especial establecen claramente que el hecho de que los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines no puedan tener acceso a la etiqueta “*dolphin safe*” tiene un efecto perjudicial en las oportunidades de competencia de los productos de atún de mexicanos en el mercado estadounidense.”

Lo anterior con base en las constataciones del Grupo Especial de que la “etiqueta “*dolphin safe*” tiene “un valor comercial significativo en el mercado estadounidense de productos de atún”³⁸” y de que “el acceso a la etiqueta “*dolphin safe*” constituye una “ventaja” en el mercado estadounidense.”³⁹ Esas constataciones, por cierto, no fueron objeto de apelación.

Además el Grupo Especial también constató que “en vista de las prácticas seguidas actualmente por las flotas atuneras de los Estados Unidos y México, la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado ‘*dolphin safe*’, ser incluido en un producto inocuo para los delfines”, mientras que “la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses tiene la posibilidad de ser etiquetado.”⁴⁰

México y los Estados Unidos discreparon sobre si algún efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos son consecuencia de la propia medida y no de la actuación de entidades privadas. El Órgano de Apelación recordó que en *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el Órgano de Apelación razonó que:

... La opción estaba limitada a vender carne vacuna nacional únicamente o carne vacuna importada únicamente. [...] En estas circunstancias, la intervención de algún elemento de opción privada no exime a Corea de responsabilidad en virtud del GATT de 1994 por el resultante establecimiento de condiciones de competencia menos favorables para el producto importado que para el producto nacional.⁴¹

La cuestión pertinente es, por tanto, si la intervención *gubernamental* “afecta a las condiciones en que compiten los productos similares, nacionales e importados, en el mercado comprendido en el territorio de un Miembro”.⁴²

El Órgano de Apelación señaló, con fundamento en el caso arriba mencionado, que las constataciones del Grupo Especial:

³⁷ El Órgano de Apelación citó el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 180 y 182. Véase también el párrafo 215 del informe en comento.

³⁸ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.289.

³⁹ *Ibid*, párrafo 7.291.

⁴⁰ *Ibid*, párrafo 7.317. Véanse también los párrafos 7.344, 7.357 y 7.533.

⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 146.

⁴² *Ibid*, párrafo 149.

“sugieren que lo que ha modificado las condiciones de competencia en el mercado en perjuicio de los productos de atún mexicanos es la actuación gubernamental en forma de adopción y aplicación de las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "dolphin safe", y que, en consecuencia, en este caso el efecto perjudicial deriva de la medida en litigio. Además, está bien establecido que lo que protegen las normas de la OMC son las oportunidades de competencia, no las corrientes comerciales.⁴³ De ello se sigue que aun en el caso de que los productos de atún mexicanos tal vez no pudieran lograr una gran penetración en el mercado estadounidense si no existiera la medida en litigio debido a las objeciones de los consumidores al método de efectuar lances sobre delfines, esto no cambia el hecho de que es la medida en litigio, y no los actores privados, lo que deniega a la mayoría de los productos de atún mexicanos el acceso a la etiqueta "dolphin safe" en el mercado estadounidense. A nuestro juicio, el hecho de que el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos pueda conllevar algún elemento de opción privada no exime a los Estados Unidos de responsabilidad en virtud del *Acuerdo OTC* cuando la medida que han adoptado modifica las condiciones de competencia en detrimento de los productos de atún mexicanos.^{44,45}

El Órgano de Apelación procedió a determinar si este efecto perjudicial refleja la existencia de discriminación.

B. La cuestión de si el efecto perjudicial refleja la existencia de discriminación

La alegación de discriminación formulada por México puede resumirse de la siguiente forma:

Las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* son discriminatorias. Las importaciones de productos de atún producidos con atunes capturados fuera del PTO -en otras palabras, prácticamente todos los productos de atún que actualmente se venden en el mercado estadounidense- pueden llevar la etiqueta *dolphin safe* en virtud de normas de cumplimiento más flexibles, a pesar de que fuera del PTO no hay protección para los delfines. Al mismo tiempo, los productos de atún de los productores mexicanos -que han adoptado medidas amplias y, como puede demostrarse, muy adecuadas para proteger a los delfines- no pueden llevar la etiqueta.⁴⁶

El Grupo Especial constató que la medida estadounidense persigue los siguientes objetivos: i) "garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que 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".⁴⁷ El Grupo Especial aceptó

⁴³ Informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)/CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 469 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 252, en el que a su vez se hace referencia al informe del Grupo Especial del GATT, *Estados Unidos - Superfund*, párrafo 5.1.9).

⁴⁴ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 146.

⁴⁵ Las notas al pie figuran en el original. *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 239.

⁴⁶ Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 129.

⁴⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.401.

que esos objetivos eran legítimos en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁴⁸

El Grupo Especial también constató, y los participantes no objetaron, que "cuando ese atún se captura fuera del PTO, tendría derecho a la etiqueta oficial de los Estados Unidos incluso si, en realidad, se ha capturado o se ha herido gravemente a delfines durante la expedición ya que, de conformidad con las medidas estadounidenses tal como se aplican en la actualidad, no se exige un certificado de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín fuera del PTO".⁴⁹

En la audiencia, los Estados Unidos aceptaron que "de conformidad con las disposiciones de la Ley DPCIA actualmente aplicables, *todos* los productos de atún que contienen atún capturado en una pesquería no situada en el PTO mediante un método distinto de los lances sobre delfines tienen derecho a llevar la etiqueta *dolphin safe* sin necesidad de certificar que en el lance no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín".⁵⁰ También confirmaron que no objetaban a la constatación formulada por el Grupo Especial, en el párrafo 7.544 de su informe, de que "las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*, tal como se aplican actualmente, se ocupan de la mortalidad observada y no observada resultante de lances sobre delfines en cualquier pesquería y de la mortalidad observada como resultado del empleo de otros métodos de pesca dentro del PTO. No obstante, no se ocupan de la mortalidad (observada o no observada) debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO".⁵¹

Es decir, parece que los *Estados Unidos* tenían una preocupación muy marcada por la salud de los delfines del PTO, pero no así por la salud de los delfines fuera del PTO. Esta constatación, como veremos más adelante, fue hecha por el Órgano de Apelación en este caso. Sin embargo, antes de llegar a ese punto, es importante hacer, como lo hizo el Órgano de Apelación en el párrafo 251 de su informe, un recuento de las constataciones del Grupo Especial que no fueron objetadas:

"En primer lugar, efectuar lances sobre delfines dentro del PTO puede resultar en una cantidad considerable de muertes y heridas graves para esos animales, así como tener efectos observados y no observados para los delfines.⁵² Además, la utilización de determinadas técnicas de pesca *distintas* de los lances sobre delfines causa daños a los delfines.⁵³ Por lo que respecta a la pesca de atunes fuera del PTO, los participantes no niegan que la inmensa mayoría de los atunes capturados en el Océano Pacífico Occidental son capturados con DCP, pesca a la cacea o redes agalleras, y que embarcaciones estadounidenses y extranjeras utilizan esas técnicas de pesca.⁵⁴ Tampoco se discute que la asociación entre el atún y los delfines no tiene lugar tan frecuentemente fuera del PTO como dentro de éste, y que no hay registros de actividades de pesca permanentes o generalizadas centradas en asociaciones entre el atún y los delfines en lugares distintos del PTO.⁵⁵ Por último, los participantes no niegan que la medida estadounidense, tal

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 242.

⁴⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.532.

⁵⁰ *Ibid*, párrafo 7.534. (las cursivas figuran en el original).

⁵¹ *Ibid*, párrafo 7.544.

⁵² *Ibid*, párrafos 7.438 y 7.493 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de México al Grupo Especial; y a la primera comunicación escrita de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 52). En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, México confirmó que no discutía ese hecho.

⁵³ *Ibid*, párrafo 7.520.

⁵⁴ *Ibid*, párrafo 7.534.

⁵⁵ *Ibid*, párrafo 7.520. (las cursivas figuran en el original)

como se aplica actualmente, no aborda la mortalidad (observada o no observada) derivada de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO [aunque en este punto, en una nota al pie, el Órgano de Apelación observó que la medida en litigio sí aborda la pesca con redes de deriva en alta mar], y que los atunes capturados en esa zona podrían llevar la etiqueta oficial estadounidense aunque de hecho se hubiera capturado o herido gravemente a delfines durante la expedición.⁵⁶”

El Grupo Especial llegó a la conclusión de que México demostró que “determinados métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales y que la utilización de esas otras técnicas fuera del PTO puede dar lugar a niveles importantes de capturas incidentales de delfines y efectivamente lo ha hecho durante el período en que han estado en vigor las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado “*dolphin safe*”.”⁵⁷ Al respecto, el Órgano de Apelación recordó⁵⁸:

“que las pruebas que el Grupo Especial tuvo ante sí incluían “ejemplos de mortalidad de delfines observada en el Océano Pacífico Central y Occidental que igualan o superan la mortalidad de delfines observada en el PTO en los últimos años (aproximadamente de 1.000 a 1.200 muertes por año)”.⁵⁹ [El Órgano de Apelación no consideró] que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al interpretar esto como “pruebas sólidas de que también se producen de manera habitual e importante mortalidad y heridas graves de delfines fuera del PTO”.⁶⁰”

Por todas estas razones, el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial actuó de manera compatible con las obligaciones que le correspondían en virtud del artículo 11 del ESD en su análisis de los argumentos y las pruebas que tuvo ante sí. Por consiguiente, el Órgano de Apelación estimó que las constataciones fácticas del Grupo Especial mantienen su validez, y podían ayudarlo a determinar si las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado “*dolphin safe*” son imparciales en cuanto a la forma en que abordan los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano.⁶¹

a. La cuestión de si la medida se adapta

Los Estados Unidos adujeron ante el Grupo Especial que en la medida en que haya diferencias entre los criterios que han de satisfacerse para justificar alegaciones sobre el carácter “*dolphin safe*”, esas diferencias “se adaptan” en función del riesgo de que, al capturar atún, se pueda dar muerte o herir gravemente a delfines.⁶²

b. Análisis de la medida OTC

⁵⁶ *Ibid*, párrafo 7.532.

⁵⁷ *Ibid*, párrafo 7.531.

⁵⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 266.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.523.

⁶⁰ *Ibid*, párrafo 7.543.

⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 281.

⁶² Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.258, 7.546 y 7.559.

Esta parte del informe del Órgano de Apelación nos parece muy relevante puesto que contiene diferencias muy sutiles al análisis hecho por el Grupo Especial. Estas diferencias en el análisis tienen consecuencias estructurales para las conclusiones finales en este caso. Es por esta razón que reproducimos *verbatim* las palabras del Órgano de Apelación. Primero, el Órgano de Apelación comenzó su análisis haciendo una importante aclaración:

“El aspecto de la medida que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos es, por tanto, la diferencia en las condiciones para etiquetar productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro. En consecuencia, lo que tenemos que determinar es si los Estados Unidos han demostrado que *esta* diferencia en las condiciones de etiquetado es una distinción reglamentaria legítima, y por ende si el efecto perjudicial de la medida se derivan [sic] exclusivamente de esa distinción y no reflejan una discriminación.”⁶³

Posteriormente, el Órgano de Apelación señaló la diferencia entre su análisis y el del Grupo Especial de la siguiente forma:

“Las constataciones del Grupo Especial relativas a si la medida en litigio se adapta, a los efectos de su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2, no son, por consiguiente, determinantes para decidir si la medida se adapta a los efectos del párrafo 1 del artículo 2. En particular, parecería que, en respuesta a la cuestión de si la medida proporciona información precisa a los consumidores, *todas* las distinciones establecidas en la medida pueden ser pertinentes. En cambio, en un análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 2 *sólo* tenemos que examinar la distinción que causa el efecto perjudicial en los productos de atún mexicanos en comparación con los productos de atún estadounidenses y los productos de atún originarios de otros países. Teniendo en cuenta el diferente alcance de esas indagaciones, debemos examinar con cuidado en qué medida las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 afectan a la cuestión de si la diferencia en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro, se 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.”⁶⁴

[...]

“Como observó el Grupo Especial, cuando “ese atún se captura fuera del PTO, tendría derecho a la etiqueta oficial de los Estados Unidos incluso si, en realidad, se ha capturado o se ha herido gravemente a delfines durante la expedición ya que, de conformidad con las medidas estadounidenses tal como se aplican en la actualidad, no se exige un certificado de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín fuera del PTO”.^{65,66}

[...]

“Habida cuenta de lo anterior, concluimos que los Estados Unidos no han demostrado que la diferencia en las condiciones de etiquetado para los productos de atún que contienen atún capturado mediante lances sobre delfines en el PTO, por un lado, y para los productos de atún que

⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 284.

⁶⁴ *Ibid*, párrafo 286.

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.532.

⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 289.

contienen atún capturado por otros métodos de pesca fuera del PTO, por otro, "se adapta" en función de los riesgos para los delfines derivados de distintos métodos de pesca en distintas zonas del océano. De ello se deduce que los Estados Unidos no han demostrado que el efecto perjudicial de la medida estadounidense en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima. Observamos, en particular, que la medida estadounidense aborda *plenamente* los efectos perjudiciales para los delfines resultantes de los lances sobre delfines en el PTO, mientras que "no se ocupa de la mortalidad (observada o no observada) debida a métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines fuera del PTO".⁶⁷ Dadas esas circunstancias, no estamos persuadidos de que los Estados Unidos hayan demostrado que la medida es imparcial en los aspectos pertinentes, aun aceptando que la técnica de pesca mediante lances sobre delfines es especialmente dañina para esos animales."⁶⁸ [el subrayado es nuestro]

C. Conclusión en el marco del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC

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

Por esas razones, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial, expuesta en los párrafos 7.374 y 8.1 a) de su informe, de que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "dolphin safe" no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En su lugar, el Órgano de Apelación constató que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "dolphin safe" otorgan a los productos de atún mexicanos un trato menos favorable que el concedido a los productos de atún de los Estados Unidos y los productos de atún originarios de otros países, y por consiguiente son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.⁶⁹

VI. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC

Acto seguido, el Órgano de Apelación analizó si la medida en litigio restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos y de que, si por consiguiente, es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.

1. Las constataciones del Grupo Especial

El Grupo Especial llegó a la conclusión de que la medida en litigio es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* porque restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos. El Grupo Especial constató que los objetivos son los siguientes:

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.544. "Observamos que la medida en litigio sí aborda la pesca con redes de deriva en alta mar." Esta nota al pie figura en el original.

⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 297.

⁶⁹ *Ibid*, párrafo 299.

- a) "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"⁷⁰ (el "objetivo de información al consumidor"); y
- b) "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"⁷¹ (el "objetivo de protección de los delfines").

2. *Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC*

El Órgano de Apelación comenzó examinando el texto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, que establece lo siguiente:

Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.

El análisis del Órgano de Apelación comenzó estudiando las frases que conforman el párrafo 2. El Órgano de Apelación llevó este ejercicio de disección hasta sus últimas consecuencias, es decir, hasta el nivel literal. Próxima parada: diccionario. Después de consultar al "maestro de las palabras" llegó a la siguiente conclusión:

"Por consiguiente, al pronunciarse sobre una alegación presentada al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, un grupo especial debe evaluar lo que trata de alcanzar un Miembro por medio de un reglamento técnico. En esa evaluación, puede tener en cuenta el texto de instrumentos jurídicos, los antecedentes legislativos y otras pruebas relativas a la estructura y aplicación de la medida. Un grupo especial no está obligado por la caracterización que hace un Miembro de los objetivos que persigue por medio de la medida, pero debe evaluarlos de manera independiente y objetiva.⁷² A continuación el análisis debe pasar a ocuparse de la cuestión de si un objetivo concreto es legítimo de conformidad con los parámetros establecidos más arriba."⁷³

Seguidamente, el Órgano de Apelación examinó el sentido de la palabra "alcanzar" en el contexto de la frase "alcanzar un objetivo legítimo" del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El Órgano de Apelación estimó que la cuestión de si un reglamento técnico "alcanza" un objetivo se refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo. El Órgano de Apelación consideró que esta lectura de la expresión "alcanzar un objetivo legítimo" encuentra apoyo en el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo OTC*, que ofrece un contexto pertinente para interpretar el párrafo 2 del artículo 2:

"En resumen, consideramos que para determinar si un reglamento técnico "restrin[ge] el comercio más de lo necesario" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* es necesario evaluar varios factores. Un grupo especial debería empezar por tomar en consideración varios factores, entre ellos los siguientes: i) el grado de contribución que hace la medida al objetivo

⁷⁰ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.401 y 7.413.

⁷¹ *Ibid*, párrafos 7.401 y 7.425.

⁷² Véase el Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 304.

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 314.

legítimo en cuestión; ii) el grado de restricción del comercio de la medida; y iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo u objetivos que persigue el Miembro a través de la medida. En la mayoría de las ocasiones, debe realizarse una comparación entre la medida impugnada y posibles medidas alternativas.⁷⁴ En particular, a los efectos de esta comparación, puede ser pertinente considerar si la alternativa propuesta es menos restrictiva del comercio, si haría una contribución equivalente al objetivo legítimo de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, y si está razonablemente disponible.⁷⁵

Así las cosas, el Órgano de Apelación procedió a analizar la medida alternativa propuesta por México, es decir, que los *Estados Unidos* permitieran la coexistencia de otra etiqueta “*dolphin safe*”, no otorgada por el gobierno de los *Estados Unidos* sino por el Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (“Acuerdo APICD”). En este respecto el Órgano de Apelación dijo:

“Dado que, con arreglo a la medida alternativa propuesta, el atún capturado en el PTO mediante lances sobre delfines podría obtener el etiquetado “*dolphin safe*”, parece que la medida alternativa propuesta por México contribuiría, tanto al objetivo de información al consumidor como al de protección de los delfines, en menor grado que la medida en litigio, porque, en conjunto, permitiría que más atún capturado en condiciones que causan efectos perjudiciales a los delfines obtuviera la etiqueta “*dolphin safe*”.⁷⁶ Por lo tanto, no estamos de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que la medida alternativa propuesta alcanzaría los objetivos de los Estados Unidos “en la misma medida” que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado “*dolphin safe*” vigentes, y de que la medida en que se induciría a error a los consumidores en relación con las consecuencias de la manera en que fue capturado el atún “no sería mayor” con la medida alternativa propuesta por México. [...] Por lo tanto, el Grupo Especial incurrió en error al concluir, [...] que se ha demostrado que la medida en litigio restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos de los Estados Unidos, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos. En consecuencia, *revocamos* las constataciones del Grupo Especial según las cuales la medida en litigio es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.”

3. ¿Qué tanto es tantito?

⁷⁴ “Podemos señalar al menos dos casos en los que puede no ser necesario realizar una comparación entre la medida impugnada y las posibles medidas alternativas. Por ejemplo, nos parecería que, si una medida no restringe el comercio, entonces es posible que no sea incompatible con el párrafo 2 del artículo 2. Por el contrario, si una medida restringe el comercio y no hace *ninguna* contribución al logro del objetivo legítimo, es posible que sea incompatible con esa disposición.” Esta nota al pie figura en el original.

⁷⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 322.

⁷⁶ “Señalamos también, a este respecto, la constatación del Grupo Especial en el contexto de la alegación de México al amparo del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. En particular, el Grupo Especial declaró lo siguiente: Por lo tanto, con la sola etiqueta APICD no se inducirá a error ni se engañará a los consumidores acerca de si se dio muerte a delfines durante los lances en que se capturó el atún. Sin embargo, en la medida en que podría haber otros efectos perjudiciales derivados de ese método de pesca, la norma del APICD, por sí sola, no los abordaría. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.729); [y] [L]a norma del APICD, aplicada por sí sola, no sería un medio eficaz ni apropiado para lograr el objetivo de los Estados Unidos de 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. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.731.)” Esta nota al pie figura en el original.

En relación con la contribución de una medida para alcanzar los objetivos, el Órgano de Apelación aclaró que:

“El Grupo Especial no constató que las disposiciones de los Estados Unidos sobre etiquetado "dolphin safe" no alcanzan sus objetivos, o no "puedan" alcanzar los objetivos de los Estados Unidos⁷⁷, sino que la medida estadounidense de hecho alcanzaba los objetivos de los Estados Unidos en una cierta medida. Hemos declarado *supra* que la cuestión de si un reglamento técnico "alcanza" un objetivo atañe al grado en que el reglamento técnico contribuye al logro del objetivo legítimo. Por lo tanto, la evaluación de si la restricción del comercio causada por una medida es necesaria en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 se centra en el grado en el que la medida contribuye al objetivo que se persigue.”⁷⁸ [el subrayado es nuestro]

Sin embargo, el riesgo de usar este análisis es que se podría justificar cualquier disposición que alcance “en cierta medida” el objetivo declarado. El problema, que a nuestro parecer nunca encontrará una solución universal, es determinar ¿cuál es esa “cierta medida”? Es decir ¿con qué grado de certidumbre se mide la contribución a un objetivo legítimo? Este punto ya ha sido en repetidas ocasiones visitado por el Órgano de Apelación, como en el caso de *Brasil – Neumáticos recauchutados*. Lo cierto es que definitivamente no hay una respuesta válida para todos los supuestos. El análisis debe hacerse caso por caso.

VII. Párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*

1. *Introducción*

La apelación de Estados Unidos respecto al artículo 2, de acuerdo al Órgano de Apelación, lo obliga a decidir qué constituye una "norma internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC*. Esta cuestión es importante porque, “en virtud del párrafo 4 del artículo 2, si se constata que una norma constituye una "norma internacional pertinente", los Miembros de la OMC deben utilizar esa norma, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esa norma sea un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por el Miembro de que se trate. Además, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, se presume, a reserva de impugnación, que los reglamentos técnicos que estén en conformidad con las normas internacionales pertinentes no crean obstáculos innecesarios al comercio internacional”⁷⁹.

2. ¿Qué es una norma internacional, quién la aprueba y quién debe reconocerla?

A. *El sentido de la expresión "norma internacional"*

El Órgano de Apelación señaló que el *Acuerdo OTC* establece las características de una *norma* y de una *institución internacional*. Sin embargo, dijo, en el Anexo 1 del *Acuerdo OTC* no se define la expresión compuesta "norma internacional". El Órgano de Apelación reconoció que “la expresión "norma internacional" se define en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 como una "[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades

⁷⁷ Comunicación presentada por México en calidad de otro apelante, párrafo 282.

⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 341.

⁷⁹ *Ibid*, párrafo 348.

normativas/de normalización y puesta a disposición del público".⁸⁰ Esta definición parece indicar que son primordialmente las características de la entidad que aprueba una norma las que le dan a la norma su carácter "internacional". En cambio, el objeto de una norma no parecería tener importancia para determinar si la norma es "internacional".⁸¹

No obstante, el Órgano de Apelación recordó que "la cláusula introductoria del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* también dispone que: "[s]in embargo, a los efectos del presente Acuerdo serán de aplicación las definiciones siguientes". [...] Por consiguiente, los grupos especiales deben examinar minuciosamente en qué medida las definiciones del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* se apartan de las definiciones de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991."

B. ¿Qué tipo de entidad que aprueba una norma "internacional"?

La respuesta es sencilla: una institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros. La lógica jurídica de esta respuesta se presenta a continuación.

Puesto que las definiciones del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* prevalecen sobre las definiciones que figuran en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, el Órgano de Apelación constató que "para constituir una "norma internacional", una norma tiene que ser adoptadas [sic] por una "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*."⁸² De acuerdo al Órgano de Apelación, estas "normas "internacionales" son adoptadas por "instituciones" que pueden ser "organizaciones" o un "organismo" ("body")."⁸³ La diferencia entre estos dos conceptos es que toda organización es un organismo, pero no todo organismo es una organización.

Como tarea pendiente dejamos la siguiente cuestión. En inglés, tanto la voz "instituciones" como "organizaciones" se dicen "body". En español no. ¿Esto podría ocasionar un conflicto interpretativo?

Pasemos ahora a otro tema, el del reconocimiento. Nos parece que este concepto es de importancia máxima. Tanto la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, como el párrafo 2 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* hablan de éste, de diferentes maneras. El Órgano de Apelación concluyó que:

"A nuestro juicio, la definición de "organismo con actividades de normalización" que figura en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 no está en contradicción con la definición del *Acuerdo OTC*. Por el contrario, la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 amplía y complementa la definición del *Acuerdo OTC*, y especifica que un organismo debe ser "reconocido" con respecto a sus actividades en el ámbito de la normalización."⁸⁴

El Órgano de Apelación continuó diciendo que la definición de "institución internacional con actividades de normalización" prevé que las actividades de una institución en el ámbito de la normalización deben ser "reconocidas". Después de revisar las definiciones del término "*recognize*" (reconocer) en el diccionario, el Órgano de

⁸⁰ Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, párrafo 3.2.1. Véase también el Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.663.

⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 351.

⁸² *Ibid*, párrafo 356.

⁸³ *Ibid*, párrafos 355 y 356.

⁸⁴ *Ibid*, párrafo 357.

Apelación concluyó que estas “definiciones abarcan un ámbito que va desde un fin fáctico (reconocimiento de la existencia de algo) hasta un fin normativo (reconocimiento de la validez o legalidad de algo). Al interpretar la expresión "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización", señaló el Órgano de Apelación, tendremos presente por tanto los aspectos fáctico y normativo del concepto de "reconocimiento".”

El Órgano de Apelación consideró, por tanto, que un elemento necesario de la definición de una norma "internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC* es la aprobación de la norma por una "institución internacional con actividades de normalización", es decir, una institución que tenga actividades reconocidas en el ámbito de la normalización y esté abierta a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros.⁸⁵ A juicio del Órgano de Apelación los distintos elementos de esta definición se informan recíprocamente. La interpretación de la expresión "institución internacional con actividades de normalización" es por lo tanto un proceso holístico en el que los elementos que integran la definición se deben examinar conjuntamente.⁸⁶

Los *Estados Unidos* alegaron que el Acuerdo APICD solo había elaborado una norma, y por lo tanto no entraba en la definición del *Acuerdo OTC*. Sin embargo, de acuerdo al Órgano de Apelación, la utilización del plural "actividades" no significa necesariamente que una institución participe, o haya participado, en la elaboración de más de una norma. A juicio del Órgano de Apelación, una institución simplemente tiene que estar "activa" en el ámbito de la normalización para que tenga "actividades en el ámbito de la normalización".⁸⁷

El Órgano de Apelación también aclaró, con base en la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, que “por inferencia, un "organismo con actividades de normalización", es decir, un organismo que tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización", no tiene que tener la normalización como su función principal, ni siquiera como una de sus funciones principales.^{88,89}

Con respecto a la cuestión de quién tiene que reconocer las actividades de un organismo en el ámbito de la normalización, el Órgano de Apelación observó que el párrafo 6 del artículo 2, el párrafo 2 del artículo 11 y el párrafo 6 del artículo 12 del *Acuerdo OTC* prevén que los "Miembros" participen en actividades internacionales de normalización. A su vez, el párrafo 5 del artículo 12, el párrafo G del Anexo 3 y el párrafo 4 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* prevén la participación de las "instituciones competentes" o de las "instituciones con actividades de normalización" de los Miembros en la elaboración de las normas internacionales.⁹⁰

En cuanto a la composición de la institución, el Órgano de Apelación revisó la definición respectiva y llegó a la conclusión de que “una institución será abierta si la adhesión a la misma no está restringida. No será abierta si la adhesión se limita *a priori*

⁸⁵ El Órgano de Apelación indicó que no examinó otras condiciones de procedimiento que puedan ser aplicables para que una norma sea "internacional" en el sentido del *Acuerdo OTC*.

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 359.

⁸⁷ *Ibid*, párrafo 360.

⁸⁸ Recordamos que la definición de "organismo de normalización" de la Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991 va acompañada de una nota que precisa que "un organismo de normalización puede tener también otras funciones principales". (Guía 2 de la ISO/CEI, de 1991, párrafo 4.4.) [nota al pie original]

⁸⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 362.

⁹⁰ “Además, el párrafo 1.4 del artículo 10 del *Acuerdo OTC* se refiere a "la condición de integrante o participante del Miembro, o de las instituciones del gobierno central o las instituciones públicas locales competentes dentro de su territorio, en instituciones internacionales y regionales con actividades de normalización".” Nota al pie original.

sólo a las instituciones competentes de algunos Miembros de la OMC”.⁹¹ Esta constatación del Órgano de Apelación será la base para resolver el estatus de la norma del Acuerdo APICD, lo cual veremos unos párrafos más adelante.

C. La Decisión del Comité OTC

El Órgano de Apelación también dedicó un buen número de hojas para analizar la relación e importancia de la Decisión del Comité OTC relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al Anexo 3 del Acuerdo (la "Decisión del Comité OTC").⁹² El Órgano de Apelación dijo que en ella se establecen los principios y procedimientos que las instituciones con actividades de normalización deben observar al elaborar normas internacionales.⁹³

El examen del Órgano de Apelación respecto a la Decisión del Comité OTC es importante para quienes estén especializados en este tema, ya que el Órgano de Apelación intentó responder la pregunta de con qué fundamento podía tener en cuenta la Decisión del Comité OTC en la interpretación y aplicación del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*, y llegó a la conclusión de que la Decisión es un "acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. No obstante, el Órgano de Apelación matizó su constatación al añadir que la medida en que esta Decisión informará la interpretación y aplicación de un término o una disposición del *Acuerdo OTC* en un caso concreto dependerá del grado en que "concretamente guarda [] relación"⁹⁴ con la interpretación y aplicación del término o disposición de que se trate. En la presente diferencia, el Órgano de Apelación consideró que la Decisión del Comité OTC guarda relación directamente con la interpretación del término "abierto" del párrafo 4 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC* y con la interpretación y aplicación del concepto de "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización".⁹⁵

Después de consultar el texto de la Decisión del Comité OTC el Órgano de Apelación concluyó que para que una institución con actividades de normalización sea considerada "internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC* no basta que la institución esté abierta, o lo haya estado, en un determinado momento. Por el contrario, la institución debe estar abierta "en las diferentes fases del procedimiento de elaboración de normas".

Por otra parte, el Órgano de Apelación dijo que la Decisión del Comité OTC aclara que una institución con actividades de normalización debe estar abierta "sobre una base no discriminatoria". Por consiguiente, las disposiciones sobre la adhesión que perjudiquen *de jure* o *de facto* a las instituciones competentes de algunos Miembros en comparación con

⁹¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 364.

⁹² "Decisión del Comité relativa a los principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales con arreglo a los artículos 2 y 5 y al Anexo 3 del Acuerdo, que figura en el documento G/TBT/1/Rev.10 de la OMC, Decisiones y recomendaciones adoptadas por el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC desde el 1º de enero de 1995, 9 de junio de 2011, páginas 50-53. Este documento es una versión revisada del documento G/TBT/1/Rev.9. El texto de la Decisión es idéntico en ambos documentos. (Véase también el Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 7.665.)" Nota al pie original.

⁹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 366.

⁹⁴ "Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 265 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)/CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 390)." Nota al pie original.

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 371 y 372.

las de otros tenderían a indicar que una institución no es una institución internacional con actividades de normalización a los efectos del *Acuerdo OTC*.⁹⁶

D. La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la norma del Acuerdo APICD es una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC

Debido a que la membresía del Acuerdo APICD no está abierta a organizaciones no gubernamentales (como por ejemplo, organizaciones que apoyan los derechos de los consumidores o el medio ambiente), así como debido al hecho de que la membresía requería una invitación de todos los miembros de Acuerdo APICD, es decir, a que no existía una invitación automática para los solicitantes, el Órgano de Apelación concluyó que “el Grupo Especial incurrió en error al constatar, en el párrafo 7.693 de su informe, que el APICD está "abierto a la institución competente de cada país y, en consecuencia, es una organización internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*. En cambio, el Órgano de Apelación constató que el Acuerdo APICD no está abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros y, en consecuencia, no es una "institución internacional con actividades de normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*.⁹⁷ De ello se deduce, según palabras del Órgano de Apelación, que el Grupo Especial incurrió también en error al constatar, en el párrafo 7.707 de su informe, que "la definición y la certificación APICD dolphin safe" constituyen una "norma internacional pertinente" en el sentido del *Acuerdo OTC*".⁹⁸ Por lo tanto, el Órgano de Apelación dijo:

“A la luz de lo que antecede, *revocamos* la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.693 de su informe, según la cual el APICD está "abierto a la institución competente de cada país y, en consecuencia, es una organización internacional con actividades de normalización" a los efectos del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. También *revocamos* la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.707 de su informe, según la cual "la definición y la certificación APICD *dolphin safe*" constituyen una "norma internacional pertinente" en el sentido del *Acuerdo OTC*. Teniendo eso en cuenta, se mantiene la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.1 c) de su informe, según la cual la medida en litigio no es incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*.”⁹⁹

VIII. Constataciones y conclusiones del Órgano de Apelación

A manera de resumen, presentamos las constataciones y conclusiones a las que el Órgano de Apelación llegó en este asunto:

- a) constata que el Grupo Especial no incurrió en error al caracterizar la medida en litigio como un "reglamento técnico" en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1 del *Acuerdo OTC*;
- b) constata que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la expresión "trato no menos favorable" del párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.374 y 8.1 a) de su informe, según la

⁹⁶ *Ibid*, párrafo 375.

⁹⁷ “Al haber constatado que el APICD no es "internacional" a los efectos del *Acuerdo OTC*, no es necesario que abordemos la cuestión de si el APICD es una "institución" y tiene "actividades reconocidas en el ámbito de la normalización" a los efectos del *Acuerdo OTC*.” Nota al pie original en el Informe del Órgano de Apelación.

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafo 399.

⁹⁹ *Ibid*, párrafo 401.

cual las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "*dolphin safe*" no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; y constata, en lugar de ello, que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado "*dolphin safe*" son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

c) constata que el Grupo Especial incurrió en error al concluir, en los párrafos 7.620 y 8.1 b) de su informe, que se ha demostrado que la medida en litigio restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos de los Estados Unidos, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlos; y, por consiguiente, revoca la constatación del Grupo Especial de que la medida en litigio es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

d) rechaza la alegación de México de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el objetivo de los Estados Unidos de "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" es un objetivo legítimo en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*;

e) rechaza la solicitud de México de que se constate que la medida en litigio es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* sobre la base de la constatación del Grupo Especial de que la medida no alcanzaba plenamente sus objetivos;

f) revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 7.707 de su informe, según la cual "la definición y la certificación APICD *dolphin safe*" constituyen una "norma internacional pertinente" en el sentido del párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. Habida cuenta de ello, se mantiene la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.1 c) de su informe, según la cual la medida en litigio no es incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*; y

g) constata que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al decidir aplicar el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones formuladas por México al amparo del párrafo 1 del artículo I y el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.¹⁰⁰

Así como el Grupo Especial, aunque con diferentes constataciones intermedias, el Órgano de Apelación reiteró que la medida de los *Estados Unidos* es incompatible con el *Acuerdo OTC*. En virtud de lo anterior, el Órgano de Apelación recomendó que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan su medida en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de ese Acuerdo.

IX. Conclusiones a este comentario

En resumen, las principales constataciones del Órgano de Apelación en esta diferencia comercial son las siguientes: 1) a pesar de que el etiquetado *dolphin safe* era en principio de cumplimiento voluntario, el Órgano de Apelación encontró que en su funcionamiento era obligatorio, y por tanto es un reglamento técnico; 2) los reglamentos técnicos deben respetar el principio de trato nacional y no pueden modificar las "condiciones de competencia", lo cual no hizo la etiqueta *dolphin safe*; 3) dicha etiqueta no es otorgada de manera equitativa, puesto que es posible otorgársela a atunes que han sido pescados lastimando o matando a delfines; 4) la medida estadounidense no restringe el comercio más de lo necesario; y 5) las normas internacionales (a efectos del *Acuerdo OTC*) deben ser creadas por una institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros, lo cual no hizo el sistema del Acuerdo APICD, y por lo tanto la etiqueta alternativa propuesta por México no está conforme con el derecho del *Acuerdo OTC*.

¹⁰⁰ *Ibid*, párrafo 407.

La solución política de este diferendo comercial es de pronóstico reservado. Por lo pronto, las reacciones a la resolución del máximo tribunal del comercio multilateral no se han hecho esperar.¹⁰¹ Algunos senadores estadounidenses ya han expresado su intención de preservar el sistema de etiquetado *dolphin safe* sin cambios.¹⁰² En opinión de Marie Wilke:

“En principio, México podría solicitar autorización para tomar represalias contra los EE.UU. si Washington no implementa la decisión [del Órgano de Apelación]. Sin embargo, sería poco probable que tal presión externa sea capaz de superar la oposición interna. En caso de materializarse esta remota posibilidad, es improbable que el cumplimiento lleve a una reparación para la flota pesquera mexicana ya que las normas específicas del PTO no se cambiarían, sino que sólo se fortalecerían las normas para zonas fuera del PTO [es decir, las zonas fuera de dónde los buques pesqueros mexicanos pescan el atún].”¹⁰³

Como vemos, es difícil anticipar cambios al etiquetado *dolphin safe*. Lo cierto es que habrá que esperar para ver cuál es la decisión que se toma sobre esta etiqueta. Es probable que no haya ningún comunicado del gobierno de los Estados Unidos sobre este tema hasta después de las elecciones presidenciales en noviembre de 2012.

¹⁰¹ Eyes on Trade, Public Citizen’s Blog on Globalization and Trade, “Flipper gets axed by the WTO”, septiembre 15, 2011, disponible en: <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2011/09/flipper-again-on-the-wto-chopping-block.html>

¹⁰² Eyes on Trade, Public Citizen’s Blog on Globalization and Trade, “Senators Defend Dolphin Protections Threatened by WTO Ruling”, julio 26, 2011, disponible en: <http://citizen.typepad.com/eyesontrade/2012/07/senators-send-letters-backing-dolphin-protection-laws.html>

¹⁰³ Marie Wilke, *Op. Cit.*