

## COMENTARIO SOBRE *ESTADOS UNIDOS — ATÚN II (MÉXICO)*, INFORME DEL GRUPO ESPECIAL

*Bradly J. Condon\**

### *Resumen:*

El 15 de septiembre de 2011, el Grupo Especial emitió su informe en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)*. Este informe es importante por ser uno de los primeros que interpreta y aplica los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC). También es un caso atractivo, porque vuelve a abordar una añeja disputa entre Estados Unidos y México que se litigó en el sistema del GATT, antes de la creación de la OMC. Sobre todo, es un caso interesante por ser uno de los pocos sobre el tema de comercio y medio ambiente y por tratarse de medidas sobre los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal.

*Palabras clave:* Procesos y métodos de producción, solución de diferencias, diferencias, Estados Unidos, México, Acuerdo OTC, OMC.

### *Abstract:*

On September 15, 2011, the Panel issued its report in *U.S. - Tuna II (Mexico)*. This report is important as one of the first to interpret and apply Articles 2.1 and 2.2 of the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement). It is also an attractive case, because it revisited a longstanding dispute between the U.S. and Mexico that was litigated under the GATT system, before the creation of the WTO. Above all, it is an interesting case for being one of the few on the topic of trade and environment and for dealing with the measures on the processes and production methods (PPMs) that do not affect the product as such.

*Keywords:* Processes and production methods, dispute settlement, disputes, United States, Mexico, TBT Agreement, WTO.

## I. Introducción

El 15 de septiembre de 2011, el Grupo Especial emitió su informe en el asunto *Estados Unidos – Atún II (México)*.<sup>1</sup> Este informe es importante por ser uno de los primeros que interpreta y aplica los artículos 2.1 y 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC).<sup>2</sup> También es un caso atractivo, porque vuelve a abordar una añeja disputa entre Estados Unidos y México que se litigó en el sistema del GATT, antes de

---

\* Titular de la Cátedra OMC y Director, Centro de Derecho Económico Internacional, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), México, DF, y *Senior Fellow*, *Tim Fischer Centre for Global Trade and Finance*, Bond University, Australia. Agradezco el apoyo de la Asociación Mexicana de Cultura y del ITAM.

<sup>1</sup> 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. El 20 de enero de 2012 el informe del Grupo Especial fue apelado tanto por los EE.UU. como por México.

<sup>2</sup> Véase también Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor)*, 2 de septiembre de 2011.

la creación de la OMC.<sup>3</sup> Sobre todo, es un caso interesante por ser uno de los pocos sobre el tema de comercio y medio ambiente y por tratarse de medidas sobre los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal.

México alegó que la *Dolphin Protection Consumer Information Act* (Ley DPCIA), su reglamento y una decisión judicial de los Estados Unidos prohíben el uso del etiquetado *dolphin-safe* estadounidense sobre productos de atún mexicanos, aun cuando el atún haya sido capturado con métodos que cumplan con la norma *dolphin-safe* multilateral del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD). México argumentó que estas medidas eran incompatibles con los artículos 2.1, 2.2 y 2.4 del Acuerdo OTC y los artículos I y III del GATT de 1994, entre otros. El Grupo Especial concluyó que eran incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC, pero compatibles con los artículos 2.1 y 2.4 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal para no analizar las alegaciones de México bajo los artículos I y III del GATT de 1994.

La norma del APICD certifica que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín pescando el atún Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO) con el uso de los lances sobre delfines para capturar al atún. En el PTO, existe una asociación entre los delfines y el atún. Cuando hay delfines en la superficie del océano, se encuentra el atún abajo. Cuando los pescadores en el PTO utilizan los lances sobre delfines para capturar al atún, pueden causar efectos perjudiciales a los delfines. Las medidas de los Estados Unidos sólo permiten el uso de la etiqueta *dolphin safe* para el atún capturado en el PTO si no se utilizan los lances sobre delfines para capturar al atún y se certifica que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín.

Sin embargo, determinados métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales. El uso de esas otras técnicas fuera del PTO puede dar lugar a niveles importantes de capturas incidentales de delfines. Sin embargo, cuando ese atún se captura fuera del PTO, tendría derecho a la etiqueta oficial de los Estados Unidos incluso si se ha capturado o se ha herido gravemente a delfines durante la expedición. De conformidad con las medidas estadounidenses tal como se aplican, no se exige un certificado de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín fuera del PTO. De conformidad con las disposiciones de la Ley DPCIA, 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.<sup>4</sup>

## II. Cuestiones preliminares

En este asunto, hubo tres cuestiones preliminares importantes: (1) la recepción de los escritos *amicus curiae* no solicitados; (2) la consideración de las tres medidas en litigio como una sola medida; y (3) el orden del análisis entre el Acuerdo OTC y el GATT.

---

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> *Ibid.*, párrafos 7.531-7.542.

### **1. La recepción de los escritos *amicus curiae* no solicitados**

La recepción de los escritos *amicus curiae* no solicitados ha sido un tema controvertido entre los Miembros de la OMC. En este caso, citando el informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Camarones*, el Grupo Especial consideró que tenía facultades para tomar en consideración la información de un escrito *amicus curiae* no solicitado, en la medida en que lo consideraba pertinente.<sup>5</sup> No tuvo gran peso en las decisiones del Grupo Especial en este caso. Sin embargo, el Grupo Especial consideró las pruebas presentadas con el escrito *amicus curiae* a que los Estados Unidos se habían referido en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial.<sup>6</sup>

### **2. La consideración de las tres medidas en litigio como una sola medida**

El Grupo Especial decidió considerar las tres medidas en litigio juntas, como una sola medida: (1) la *Dolphin Protection Consumer Information Act* (Ley DPCIA), la cual establece las condiciones de utilización de la etiqueta “dolphin safe” en los productos de atún; (2) el reglamento de aplicación de la Ley DPCIA; y (3) la decisión judicial *Hogarth*, que había aplicado la Ley DPCIA y su reglamento. En cuanto a las primeras dos medidas, el Grupo Especial decidió que había que considerarlas juntas por el vínculo jerárquico y operativo que existía entre la DPCIA y el reglamento. No se podía aplicar el reglamento de forma totalmente independiente, sin la autorización de la Ley DPCIA. La decisión judicial no habría existido sin la Ley DPCIA y su reglamento. Por lo tanto, había que considerar las tres medidas en litigio como una sola.<sup>7</sup>

### **3. El orden del análisis entre el Acuerdo OTC y el GATT**

La cuestión del orden del análisis entre diferentes acuerdos abarcados ha surgido en casos anteriores. Es una cuestión jurídica indirectamente vinculada con la aplicación del principio de la economía procesal. En este asunto, México insistió que el Grupo Especial debía considerar sus alegaciones bajo el Acuerdo OTC y el GATT. Sin embargo, el Grupo Especial decidió analizar primero el Acuerdo OTC y, luego, aplicar el principio de la economía procesal para no considerar las alegaciones bajo el GATT.

El Grupo Especial razonó que había que analizar el acuerdo más específico primero, citando el Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Madera blanda IV*.<sup>8</sup> Consideró que el Acuerdo OTC es más específico que el GATT, por la referencia al GATT en el preámbulo del Acuerdo OTC y la conclusión sobre la misma cuestión en el informe del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*.<sup>9</sup> El Grupo Especial también notó que la Nota interpretativa al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC aclara que, en caso de conflicto entre una disposición del GATT y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A, prevalecerá esta última en el grado en que haya conflicto. Entonces, las disposiciones del Acuerdo OTC prevalecerían sobre las del GATT.<sup>10</sup> Además, las partes no estaban de acuerdo sobre la cuestión de si la medida en litigio era un reglamento técnico y, por lo tanto, si las disposiciones del Acuerdo OTC eran aplicables. Por lo tanto, el Grupo Especial

<sup>5</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos – Atún II (México)*, párrafos 7.1-7.09.

<sup>6</sup> *Ibid.*, párrafo 7.288.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párrafos 7.21-7.24.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párrafo 7.40.

<sup>9</sup> *Ibid.*, párrafo 7.41.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párrafo 7.42.

siguió el mismo orden de análisis que Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, donde surgió la misma cuestión, y empezó su análisis bajo el Acuerdo OTC.<sup>11</sup>

### III. Reglamentos técnicos

Los artículos 2.1, 2.2 y 2.4 del Acuerdo OTC sólo se aplican a los reglamentos técnicos. Por lo tanto, en este asunto había que determinar si las medidas en litigio eran reglamentos técnicos antes de analizar su consistencia con estos artículos.

En *CE – Amianto* y *CE – Sardinias*, el Órgano de Apelación aplicó tres criterios para determinar si una medida es un “reglamento técnico”, los cuales se derivan de la definición del párrafo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC. El Grupo Especial aplicó los mismos criterios: (1) la medida se aplica a un producto o grupo de productos identificable; (2) establece una o más características del producto; y (3) la observancia de las características del producto es obligatoria.<sup>12</sup> En cuanto al primer criterio, la medida se aplicaba a los productos de atún, la medida identificaba los productos por medio de una definición y las partes estaban de acuerdo que se cumplía con el criterio.<sup>13</sup>

En cuanto al segundo criterio, la primera frase del párrafo 1 del Anexo 1 dispone que un reglamento técnico puede establecer “las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados”. La segunda frase enumera algunos aspectos concretos que los reglamentos técnicos pueden también “incluir...o tratar exclusivamente”. Según el Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, el objeto de un reglamento técnico puede “limitarse” a uno de los elementos enumerados en la segunda oración, incluidas las “prescripciones en materia de...etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción”. Las dos partes reconocieron que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* establecen “prescripciones en materia de etiquetado” en el sentido del Anexo 1 del Acuerdo OTC. Además, ambas consideraron que el sentido que se debe dar a la expresión “prescripción en materia de etiquetado” en este contexto es el de un conjunto de criterios o condiciones que se deben cumplir para poder utilizar una etiqueta. El Anexo 1 no define la expresión “prescripción en materia de etiquetado”, pero estipula que los términos utilizados en el Acuerdo OTC tienen el mismo sentido que los definidos en la sexta edición de la Guía 2 de la ISO/CEI de 1991, excepto si se dispone otra cosa en el Anexo 1. La Guía 2 de la ISO/CEI de 1991 define el término “prescripción” como “disposición que incorpora criterios que se deben cumplir”. Las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* definen las condiciones que se deben satisfacer para utilizar la etiqueta. Al hacerlo, “incorporan criterios que se deben cumplir” para tener derecho a utilizar esa etiqueta. Por consiguiente, establecen “prescripciones en materia de etiquetado” en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1. Además, la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1 se refiere a las prescripciones en materia de etiquetado “aplicables a un producto, proceso o método de producción”. Los Estados Unidos consideraron que sus disposiciones sobre etiquetado *dolphin safe* conciernen a un producto, los productos de atún, y a un método de producción. El Grupo Especial concluyó que las medidas en litigio establecen prescripciones en materia de etiquetado aplicables a un

---

<sup>11</sup> *Ibid*, párrafos 7.43-7.44.

<sup>12</sup> *Ibid*, párrafo 7.53.

<sup>13</sup> *Ibid*, párrafo 7.62.

producto, proceso o método de producción y de que el objeto de las medidas está, por lo tanto, comprendido en el ámbito de la segunda frase del párrafo 1 del Anexo 1.<sup>14</sup>

En este asunto, hubo un voto disidente sobre el tercer criterio. La mayoría del Grupo Especial concluyó que la observancia era obligatoria para poder usar el etiquetado y, por tanto, se cumplió el tercer criterio.<sup>15</sup> La mayoría explicó su conclusión de la siguiente manera:

A nuestro juicio, las medidas de los Estados Unidos sobre etiquetado del atún “reglamentan” las prescripciones en materia de etiquetado *dolphin safe* “de forma vinculante o imperativa” en la medida en que prescriben, en un instrumento vinculante y jurídicamente exigible, la forma de obtener una etiqueta *dolphin safe* en los Estados Unidos, y no permiten ningún otro uso de una denominación *dolphin safe*. No es imperativo *satisfacer* esas prescripciones y utilizar la etiqueta para vender atún en el mercado de los Estados Unidos. Por consiguiente, las medidas estadounidenses no imponen la *prescripción de etiquetar* de forma “afirmativa”. Sin embargo, sí prescriben e imponen *las condiciones en que* un producto puede llevar la etiqueta *dolphin safe*. En particular, las medidas prescriben “de forma negativa”, para utilizar la expresión del Órgano de Apelación, que ningún producto de atún puede llevar la etiqueta *dolphin safe* o referirse de otro modo a delfines, marsopas o mamíferos marinos si no satisface las condiciones en ellas establecidas e *imponen*, por lo tanto, una prohibición de ofrecer para su venta en los Estados Unidos productos de atún que lleven una etiqueta en la que se haga referencia a delfines y que no cumplan las prescripciones que en ellas se establecen. (énfasis en el original)<sup>16</sup>

La mayoría consideró que este caso era similar a la situación en el asunto *CE – Sardinias*. En aquel asunto, un reglamento de las Comunidades Europeas (CE) sobre las “conservas de sardinias” establecía que las conservas contuvieran únicamente sardinias de una especie indicada (*Sardina pilchardus*), con exclusión de las demás especies (entre ellas, *Sardinops sagax*). Era jurídicamente posible vender *Sardinops sagax* en el mercado de las CE, siempre que no se vendieran bajo la denominación “conservas de sardinias”. El Órgano de Apelación concluyó que la observancia del reglamento era “obligatoria” y que dicho reglamento era un “reglamento técnico”.<sup>17</sup> La mayoría también cito el informe del Grupo Especial en *CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas (Australia)*, donde había que cumplir con cierto requisito para usar una denominación y el Grupo Especial concluyó que era un requisito obligatorio. El Grupo Especial concluyó que estas resoluciones indican “que el mero hecho de que sea jurídicamente admisible que se ofrezca el producto en el mercado sin utilizar la denominación reglamentada por las medidas en litigio no impone la conclusión de que esas medidas no son “obligatorias” en el sentido del párrafo 1 del Anexo 1, cuando las medidas efectivamente reglamentan de forma vinculante la utilización de la denominación”.<sup>18</sup>

Un panelista llegó a la conclusión opuesta, porque el uso del etiquetado no era obligatorio para vender el producto en los Estados Unidos. Por lo tanto, no estuvo de acuerdo que las medidas en litigio exigen la observancia obligatoria de las características de un producto o los procesos y métodos de producción prescritos.<sup>19</sup> Explicó su conclusión de la siguiente manera:

<sup>14</sup> *Ibid*, párrafos 7.71-7.79.

<sup>15</sup> *Ibid*, párrafos 7.131-7.145.

<sup>16</sup> *Ibid*, párrafo 7.131.

<sup>17</sup> *Ibid*, párrafos 7.134-7.135.

<sup>18</sup> *Ibid*, párrafos 7.136-7.137.

<sup>19</sup> *Ibid*, párrafos 7.146-7.188.

Los sistemas de etiquetado pueden ser imperativos cuando lo es la utilización de una determinada etiqueta para acceder al mercado o pueden ser voluntarios cuando se pueden comercializar los productos con o sin la etiqueta. Pero las “prescripciones en materia de etiquetado”, es decir, las prescripciones que se formulan para permitir la utilización de una etiqueta, deben cumplirse también en un sistema de etiquetado voluntario. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso de un sistema de etiquetado imperativo, en un sistema voluntario los productos no tienen que llevar la etiqueta ni tienen que cumplir esas prescripciones en materia de etiquetado para ser comercializados; también pueden ofrecerse en el mercado sin esa etiqueta y sin satisfacer dichas prescripciones. Por consiguiente, en un sistema de etiquetado voluntario, las prescripciones en materia de etiquetado no son obligatorias para comercializar los productos.<sup>20</sup>

Por lo tanto, el panelista concluyó que, cuando la observancia de la prescripción en materia de etiquetado y la utilización de la etiqueta no sean obligatorias, la prescripción en materia de etiquetado debe ser considerada una norma, no un reglamento técnico.<sup>21</sup>

#### IV. Artículo 2.1 del Acuerdo OTC

En virtud del artículo 2.1 del Acuerdo OTC, por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central los Miembros, se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país. El Grupo Especial consideró que hay una infracción del artículo 2.1 si se cumplen dos conjuntos de condiciones: (1) la medida es un reglamento técnico elaborado, adoptado y aplicado por instituciones del gobierno central de un Miembro; y (2) los productos importados del territorio de un Miembro reciben un “trato menos favorable” que los productos similares de origen nacional u originarios de cualquier otro país con respecto a ese reglamento técnico.

##### 1. *Productos similares*

El Grupo Especial señaló que el término “productos similares” no podía interpretarse de la misma manera en los artículos III:4 del GATT y 2.1 del Acuerdo OTC, por la diferencia en el contexto. Sin embargo, consideró que la opinión del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, de que la determinación de la similitud en el artículo III:4 “es una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos”, era pertinente para interpretar el artículo 2.1.<sup>22</sup> Por lo tanto, decidió aplicar los mismos cuatro criterios que se aplican para determinar la similitud en el artículo III:4 del GATT: (1) las propiedades físicas; (2) los usos finales; (3) los hábitos y preferencias de los consumidores; y (4) la clasificación arancelaria.<sup>23</sup> Los productos que se había de comparar eran los productos de atún estadounidenses y los productos de atún mexicanos, así como los productos de atún originarios de cualquier otro país.<sup>24</sup> El Grupo Especial concluyó que: (1) las propiedades físicas son idénticas;<sup>25</sup> (2) tienen los mismos usos finales;<sup>26</sup> (3) los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de

---

<sup>20</sup> *Ibid*, párrafo 7.150.

<sup>21</sup> *Ibid*, párrafo 7.151.

<sup>22</sup> *Ibid*, párrafos 7.223-7.224.

<sup>23</sup> *Ibid*, párrafos 7.235 y 7.240.

<sup>24</sup> *Ibid*, párrafo 7.233.

<sup>25</sup> *Ibid*, párrafo 7.243.

<sup>26</sup> *Ibid*, párrafo 7.244.

atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos;<sup>27</sup> y (4) la clasificación arancelaria es idéntica.<sup>28</sup> Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que eran productos similares.

El papel de las preferencias de los consumidores en la determinación de la similitud es uno de los aspectos más interesantes de este caso. Sobre esta cuestión, vale la pena citar textualmente al Grupo Especial:

La información presentada al Grupo Especial efectivamente indica que los consumidores de los Estados Unidos tienen determinadas preferencias con respecto a los productos de atún, basadas en que sean o no inocuos para los delfines, y no excluimos que esas preferencias puedan ser pertinentes para la evaluación de la similitud. En la medida en que las preferencias del consumidor, incluidas las preferencias sobre la forma en que se ha obtenido el producto, pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos, consideramos que *a priori* es pertinente tenerlas en cuenta en la evaluación de la similitud. Sin embargo, no estamos convencidos de que, en las circunstancias de este asunto, la consideración de las preferencias de los consumidores de los Estados Unidos relativas a la inocuidad de los productos de atún con respecto a los delfines nos deba llevar a modificar nuestra conclusión con respecto a la similitud de los productos de atún estadounidenses y mexicanos y los productos de atún originarios de cualquier otro país.<sup>29</sup>

En este caso, había evidencia sobre las preferencias del consumidor relativas a los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal. Mientras este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre la similitud de los productos, el Grupo Especial reconoció que los PMP pueden repercutir en la relación de competencia entre los productos. Como se mencionó arriba, el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos. Fue por esta razón, y no el impacto de las preferencias en la relación de competencia, que este criterio no pudo cambiar la conclusión sobre similitud.

En el asunto *CE – Amianto*, el Órgano de Apelación consideró que, en los casos en que los productos son físicamente diferentes, es aun más importante aducir pruebas bajo los demás criterios de que existe una relación de competencia para demostrar que los productos son similares.<sup>30</sup> La misma lógica puede aplicarse al revés. En los casos en que los productos son físicamente idénticos, debe ser posible aducir pruebas bajo los demás criterios de que no existe una relación de competencia para demostrar que los productos no son similares. En *Estados Unidos – Atún II (México)*, las preferencias del consumidor determinaron la relación de competencia entre dos productos—atún inocuo para delfines y atún no inocuo para delfines—no sus características físicas ni su uso final. Por lo tanto, considero que estos dos productos no deberían considerarse como productos similares. La falta de evidencia sobre la inocuidad del atún proveniente de distintos Miembros es una cuestión distinta, aunque determinante en este caso.

## 2. *Trato menos favorable*

El Grupo Especial consideró que se daría un “trato menos favorable” a los productos de atún mexicanos con respecto a las medidas si estuviesen en desventaja en comparación con

---

<sup>27</sup> *Ibid*, párrafo 7.250.

<sup>28</sup> *Ibid*, párrafo 7.245.

<sup>29</sup> *Ibid*, párrafo 7.249.

<sup>30</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE – Amianto*, párrafo 118.

productos estadounidenses y/o con otros productos importados en relación con la elaboración, adopción y aplicación de las medidas de los Estados Unidos sobre la inocuidad para los delfines. México alegó que *de facto* estaba privado del beneficio del acceso a la etiqueta y, por ello, estaba en desventaja competitiva en el mercado de los Estados Unidos.<sup>31</sup> El Grupo Especial estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que las decisiones de los consumidores estadounidenses sobre comprar o no productos de atún inocuos para los delfines son el resultado de su propia elección y no de las medidas. Sin embargo, consideró que son las medidas mismas las que controlan el acceso a la etiqueta y permiten que los consumidores expresen sus preferencias por el atún inocuo para los delfines. Por consiguiente, a los productos que reúnen los requisitos para llevar la etiqueta, las medidas les otorgan una ventaja en forma de acceso a la etiqueta.<sup>32</sup> El Grupo Especial concluyó que la etiqueta *dolphin safe* tiene un valor comercial significativo en el mercado estadounidense de productos de atún: (1) por tratarse del único medio de reivindicar la inocuidad para los delfines; (2) porque los fabricantes de productos enlatados excluyen totalmente el empleo de atún que impediría obtener la etiqueta para sus productos finales; y (3) porque los supermercados no lo compran sin la etiqueta.<sup>33</sup>

Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que la medida no era inconsistente con el artículo 2.1. Las medidas distinguen un pescado de otro según el método de pesca y no por su origen.<sup>34</sup> El origen del producto no se determina por el origen del atún, sino por el lugar de procesarlo.<sup>35</sup> Los pescadores de México, Estados Unidos y otros países enfrentaron la misma opción de cambiar su forma de pesca para tener acceso al etiquetado o no hacerlo. Por lo tanto, su situación era resultado de sus propias decisiones, no de la medida. El impacto de la medida era atribuible al comportamiento del sector privado, mientras que el artículo 2.1 regula el trato que proviene del gobierno.<sup>36</sup> Además, el comportamiento del sector privado está relacionado con las preferencias del consumidor estadounidense y no quedaba claro si sus prácticas hubieron sido distintas sin el etiquetado.<sup>37</sup> En otras palabras, la respuesta del sector privado a las preferencias del consumidor era la fuente del trato menos favorable, no la medida en sí.

Este aspecto del informe es problemático. Más adelante, en su análisis del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, el Grupo Especial reconoció que el atún mexicano no tenía acceso al etiquetado aun si se pescaba sin matar o herir a los delfines. El atún de los Estados Unidos y de otros países podían tener acceso al etiquetado aun si se pescaba de manera que mataba o hería a los delfines. Esto resultó del diseño de la medida. Además, los Estados Unidos no permitía el uso de otro etiquetado. Dado que la respuesta del sector privado se basaba en el acceso al etiquetado, parece que la medida fue la fuente del trato menos favorable, por lo menos indirectamente.

### 3. *Reglamentación extraterritorial*

Por último, México sostuvo que las medidas de los Estados Unidos unilateralmente ejercen presión sobre la flota mexicana para que cambie de zonas de pesca y/o de métodos

<sup>31</sup> Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos — Atún II (México)*, párrafo 7.283.

<sup>32</sup> *Ibid*, párrafo 7.287.

<sup>33</sup> *Ibid*, párrafos 7.289-7.290.

<sup>34</sup> *Ibid*, párrafo 7.305.

<sup>35</sup> *Ibid*, párrafo 7.310.

<sup>36</sup> *Ibid*, párrafos 7.333-7.334.

<sup>37</sup> *Ibid*, párrafo 7.364.



de pesca, lo cual es prueba del efecto discriminatorio *de facto* de la medida. Según México, esta reglamentación extraterritorial es incompatible con las obligaciones del trato nacional y de la nación más favorecida. No se debe interpretar las obligaciones de los Acuerdos de la OMC para permitir que un Miembro de la OMC condicione el acceso a su mercado nacional a que se cumpla la política unilateral del Miembro relacionada con actividades realizadas fuera de su territorio, incluidos los procesos y métodos de producción (PMP) que no afectan al producto como tal.<sup>38</sup> México reconoció la posibilidad de que, en algunas circunstancias limitadas y en virtud de alguna de las excepciones específicas a las obligaciones de la OMC, un esfuerzo unilateral dirigido a modificar el comportamiento de otro país soberano esté justificado. Sin embargo, los Estados Unidos no habían invocado ninguna de esas excepciones y ninguna de ellas se aplicaba a las medidas estadounidenses.<sup>39</sup>

El Grupo Especial respondió a este argumento citando la siguiente observación que hizo el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Camarones*:

No es necesario suponer que exigir a los países exportadores el acatamiento o la adopción de ciertas políticas (aunque en principio estén cubiertas por alguna de las excepciones) prescritas por el país importador imposibilita *a priori* la justificación de una medida al amparo del artículo XX. Una interpretación de ese tipo inutiliza la mayoría de las excepciones del artículo XX, si no todas, resultado que repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar.

Aunque se hizo en el contexto de un análisis en el marco del artículo XX, el Grupo Especial opinó que las mismas consideraciones son pertinentes en el contexto del artículo 2.1 del Acuerdo OTC.<sup>40</sup> También notó que las disposiciones sobre el etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos no exigen que el *Miembro* emplee un método de pesca particular, sino que los *productos* en sí mismos deben cumplir los requisitos sobre etiquetado, si se quiere que tengan los beneficios que otorga la etiqueta.<sup>41</sup> Además, en tanto las medidas en cuestión crean incentivos para que las flotas que hacen lances sobre delfines abandonen esta práctica para conseguir una ventaja comercial en el mercado estadounidense, esos incentivos se aplican también a la flota de los Estados Unidos y a otras flotas atuneras que pescan en aguas internacionales.<sup>42</sup>

## V. Artículo 2.2 del Acuerdo OTC

En virtud del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, 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

---

<sup>38</sup> *Ibid*, párrafo 7.369.

<sup>39</sup> *Ibid*, párrafo 7.370.

<sup>40</sup> *Ibid*, párrafo 7.371.

<sup>41</sup> *Ibid*, párrafo 7.372.

<sup>42</sup> *Ibid*, párrafo 7.373.

de elaboración conexas o los usos finales a que se destinen los productos. Estas listas de objetivos legítimos y elementos pertinentes para evaluar los riesgos no son exhaustivas.

El Grupo Especial determinó que la segunda frase del artículo 2.2 del Acuerdo OTC establece dos requisitos que deben cumplir los reglamentos técnicos para no constituir obstáculos innecesarios al comercio internacional: (1) deben tratar de alcanzar un objetivo legítimo; y (2) no deben restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo.<sup>43</sup>

### **1. Objetivo legítimo**

Según el Grupo Especial, la carga de la prueba bajo el artículo 2.2 corresponde al reclamante. Esto implica necesariamente la determinación del objetivo de la medida y de su legitimidad. El hecho de que algunos aspectos de la disposición en cuestión estén relacionados con los objetivos de las medidas, determinados por el Miembro que adopta la medida, no libera al reclamante de su obligación de establecer una violación *prima facie*. Sin embargo, los objetivos de la medida definidos por el propio Miembro son pertinentes a esta determinación. Únicamente se espera que el reclamante presente sus alegaciones teniendo en cuenta la información de que dispone a este respecto. No obstante, a fin de salvaguardar el derecho del Miembro demandado a adoptar medidas para alcanzar determinados objetivos legítimos, el Grupo Especial debe examinar también la descripción que hace el demandado de sus propios objetivos, a fin de aclarar debidamente cuáles son los objetivos de la medida y qué legitimidad tienen esos objetivos.<sup>44</sup> En este caso, el Grupo Especial examinó la descripción de los objetivos de los Estados Unidos y de México, además de examinar la estructura y diseño de la medida.<sup>45</sup> Concluyó que la medida tenía dos objetivos: (1) 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 (2) proteger a los delfines.<sup>46</sup>

El artículo 2.2 del Acuerdo OTC proporciona una lista no exhaustiva de los objetivos legítimos de conformidad con esta disposición. Esta lista abarca la “prevención de prácticas que puedan inducir a error” y la “protección de...la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente”. El Grupo Especial concluyó que los objetivos del etiquetado *dolphin safe* estaban incluidos en el ámbito de esas dos categorías de objetivos legítimos.<sup>47</sup>

### **2. No restringir el comercio más de lo necesario**

México propuso la misma interpretación del término “necesario” en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC que se había hecho en el contexto de los apartados b) y d) del artículo XX del GATT y el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Según México, para que una medida sea “necesaria”, deben examinarse los siguientes factores: (1) la importancia de los intereses o valores en juego; (2) hasta qué punto contribuye la medida a que se alcance su objetivo; (3) el grado de restricción del comercio que implica la medida; y (4) si existen medidas alternativas razonablemente disponibles que

---

<sup>43</sup> *Ibid*, párrafo 7.387.

<sup>44</sup> *Ibid*, párrafos 7.392-7.393.

<sup>45</sup> *Ibid*, párrafo 7.406.

<sup>46</sup> *Ibid*, párrafos 7.409-7.418.

<sup>47</sup> *Ibid*, párrafo 7.437.

puedan restringir menos el comercio y hagan una contribución equivalente al logro del objetivo.<sup>48</sup>

El Grupo Especial señaló que, contrariamente a lo que ocurre en el caso del artículo XX del GATT o el artículo XIV del AGCS, en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC el aspecto de la medida que ha de justificarse como “necesario” es su grado de restricción del comercio y no la necesidad de la medida para alcanzar el objetivo. Por lo tanto, el término “necesario” de la segunda frase del artículo 2.2 significa que la restricción del comercio debe ser “requerida” para alcanzar el objetivo. Observó que esta cuestión es distinta de la del nivel de protección que el miembro trata de lograr en relación con su objetivo. El preámbulo del Acuerdo OTC deja claro que un Miembro tiene derecho a adoptar medidas “a los niveles que considere apropiados” para alcanzar un objetivo legítimo. Entonces, la evaluación de si cualquier grado de restricción del comercio resultante de las medidas en litigio es “necesario” debe entenderse como una indagación de si ese grado de restricción del comercio es requerido para alcanzar los objetivos legítimos que persigue el Miembro al nivel de protección que ha elegido.<sup>49</sup> Por lo tanto, para determinar si una medida restringe el comercio más de lo necesario en el sentido del artículo 2.2, se debe evaluar la manera en que las medidas en litigio alcanzan sus objetivos y el grado en que lo hacen, teniendo en cuenta el nivel de protección elegido por el Miembro, y comparar esto con una posible medida alternativa que entrañe una menor restricción del comercio y que lograría los objetivos que se trata de alcanzar con el reglamento técnico al nivel de protección elegido por el Miembro. Entonces, una medida restringiría el comercio más de lo necesario si estuviera razonablemente disponible una medida alternativa menos restrictiva del comercio que permitiera alcanzar al mismo nivel el objetivo de la medida impugnada.<sup>50</sup>

Además, el artículo 2.2 obliga al Grupo Especial tener en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo. 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 Grupo Especial interpretó que este elemento del artículo 2.2 prescribe que considere tanto la probabilidad como la gravedad de los posibles riesgos (y cualesquiera consecuencias perjudiciales conexas) que podrían surgir en caso de que no se alcanzara el objetivo legítimo que se persigue. Por lo tanto, un medio alternativo de alcanzar el objetivo que entrañara mayores “riesgos de no alcanzarlo” no sería una alternativa válida, incluso si restringiera menos el comercio.<sup>51</sup>

El artículo 2.2 del Acuerdo OTC prevé una obligación positiva, no una excepción.<sup>52</sup> Por lo tanto, el reclamante (México), tenía la carga de demostrar que las medidas restringen el comercio más de lo necesario, incluyendo la identificación de una alternativa razonablemente disponible que pueda lograr el objetivo perseguido por la medida impugnada al mismo nivel que la medida impugnada, habida cuenta de los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo.<sup>53</sup> Dado que la medida de los Estados Unidos perseguía dos objetivos, el Grupo Especial analizó las alternativas para cada objetivo.

---

<sup>48</sup> *Ibid*, párrafo 7.446.

<sup>49</sup> *Ibid*, párrafo 7.460.

<sup>50</sup> *Ibid*, párrafo 7.465.

<sup>51</sup> *Ibid*, párrafos 7.466-7.467.

<sup>52</sup> *Ibid*, párrafo 7.458.

<sup>53</sup> *Ibid*, párrafo 7.468.

### 3. *El objetivo de no inducir a error o engañar a los consumidores*

México sostuvo que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* no alcanzan su objetivo declarado de garantizar que no se induzca a error ni se engañe a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado por un método que cause efectos perjudiciales a los delfines. Permiten que los productos de atún lleven la etiqueta *dolphin safe* incluso si contienen atún obtenido mediante operaciones de pesca en las que se dio muerte o se hirió a delfines, cuando el atún fue capturado en cualquier lugar fuera del Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO). México propuso como una medida alternativa una norma de inocuidad para los delfines en virtud de la cual se reconozca la norma del Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) y se utilice una etiqueta que cumpla dicha norma.<sup>54</sup>

Después de analizar la evidencia científica presentada, el Grupo Especial concluyó que México había demostrado que determinados métodos de pesca de atún distintos de los lances sobre delfines pueden causar efectos perjudiciales a esos animales. El uso 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*. Cuando ese atún se captura fuera del PTO, tendría derecho a la etiqueta oficial de los Estados Unidos incluso si se ha capturado o se ha herido gravemente a delfines durante la expedición. De conformidad con las medidas estadounidenses tal como se aplican, no se exige un certificado de que no se dio muerte ni se hirió gravemente a ningún delfín fuera del PTO. Aproximadamente el 86 por ciento del atún enlatado por los fabricantes estadounidenses en 2009 se pescó en el Océano Pacífico Occidental. La gran mayoría de los productos de atún vendidos en el mercado estadounidense que contienen atún capturado en el Océano Pacífico Occidental tienen derecho a llevar la etiqueta *dolphin safe*. De conformidad con las disposiciones de la Ley DPCIA, 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. Entonces, los productos de atún vendidos en el mercado estadounidense con la etiqueta *dolphin safe* pueden contener atún capturado durante una expedición en la que se dio muerte o se hirió gravemente a delfines. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que, en la medida en que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* dan acceso a la etiqueta a determinados productos de atún que puede haber sido capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines, no permiten que el consumidor distinga con precisión entre el atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines y el resto del atún.<sup>55</sup>

El Grupo Especial analizó si la LEY DPCIA alcanzaba su objetivo de no inducir a error o engañar a los consumidores. El Grupo Especial no estaba convencido de que las amenazas resultantes del uso de métodos de pesca distintos de los lances sobre delfines para capturar atún fuera del PTO sean insignificantes, desde el punto de vista de la mortalidad o las heridas graves observadas o incluso del carácter sostenible de las poblaciones. Tampoco estaba convencido de que se hubiera demostrado que esas amenazas son menores que las amenazas similares con que se enfrentan los delfines en el PTO. Como resultado, la concesión del acceso a la etiqueta *dolphin safe* a productos de atún que contienen atún

<sup>54</sup> *Ibid*, párrafos 7.470-7.471.

<sup>55</sup> *Ibid*, párrafos 7.531-7.542.

capturado de esa manera crea un auténtico riesgo de que se pueda inducir a error a los consumidores acerca de si el atún fue capturado utilizando una técnica que no causa efectos perjudiciales a los delfines. Por lo tanto, llegó a la conclusión de que las medidas estadounidenses sólo pueden garantizar parcialmente que los consumidores estén informados de si el atún fue capturado utilizando un método que cause efectos perjudiciales a los delfines.<sup>56</sup>

El Grupo Especial concluyó que, tanto en el caso de las medidas de los Estados Unidos como en el del régimen del APICD, los consumidores de productos de atún tendrían que soportar un cierto grado de incertidumbre sobre si los delfines sufrieron efectos perjudiciales durante la captura del atún. Con arreglo a las medidas de los Estados Unidos, es posible que el atún capturado durante una expedición en la que se dio muerte o se hirió a delfines lleve la etiqueta *dolphin safe*. De conformidad con el APICD, la etiqueta sólo se concedería cuando no se hubiera dado muerte a ningún delfín, aunque podrían haberse causado, sin embargo, a esos animales determinados efectos perjudiciales no observados. Por lo tanto, si se permitiera que la etiqueta APICD coexistiera con las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*, la medida en que se induciría a error a los consumidores en cuanto a las consecuencias de la forma en que se capturó el atún no sería mayor de lo que es de conformidad con las medidas vigentes.<sup>57</sup>

Además, el Grupo Especial observó que México no se limitaba a proponer sencillamente que se permita utilizar el logotipo *dolphin safe* del APICD en el mercado estadounidense. México sostuvo que la coexistencia de las etiquetas *dolphin safe* de los Estados Unidos y del APICD permitiría que los consumidores estadounidenses estuvieran plenamente informados de todos los aspectos de los métodos de pesca inocuos para los delfines. El Grupo Especial concluyó que esta alternativa propuesta por México implicaría la transmisión de información más completa a los consumidores, y podría reducir las posibilidades de engaño de éstos en mayor grado que la etiqueta *dolphin safe* de los Estados Unidos. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que, en relación con el objetivo de información al consumidor, México había identificado una alternativa que restringe menos el comercio y que alcanzaría un nivel de protección equivalente al que logran las medidas de los Estados Unidos, habida cuenta de los riesgos que crearía no alcanzar dicho objetivo. Entonces, México había demostrado que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar su objetivo de garantizar que no se induzca a error a los consumidores acerca de si los productos de atún contienen atún capturado de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.<sup>58</sup>

#### **4. El objetivo de proteger a los delfines**

Dado su conclusión de que el etiquetado *dolphin safe* sólo podía alcanzar parcialmente el objetivo de garantizar que no se induzca a error a los consumidores acerca de si el atún fue capturado por un método que cause efectos perjudiciales a los delfines, el Grupo Especial concluyó que el segundo objetivo sólo puede alcanzarse parcialmente también. En cuanto las medidas no permiten que los consumidores distingan con precisión entre el atún capturado en condiciones perjudiciales para los delfines y el resto del atún, las técnicas de

<sup>56</sup> *Ibid*, párrafos 7.562-7.563.

<sup>57</sup> *Ibid*, párrafo 7.573.

<sup>58</sup> *Ibid*, párrafos 7.575-7.578.

pesca conexas no pueden desalentarse o alentarse de manera que refleje con precisión esa distinción.<sup>59</sup> Mientras las medidas estadounidenses permiten que el atún capturado por cualquier método distinto de los lances sobre delfines fuera del PTO utilice la etiqueta *dolphin safe*, sin exigir ninguna certificación de si se puede haber dado muerte o herido gravemente a un delfín, el etiquetado *dolphin safe* no garantiza que el mercado estadounidense no se utilice para alentar técnicas de pesca que causen efectos perjudiciales a los delfines. Al dar acceso a la etiqueta *dolphin safe* a atún capturado mediante la utilización de técnicas de pesca que causan efectos perjudiciales a los delfines fuera del PTO y denegar al mismo tiempo ese acceso al atún capturado en las condiciones controladas del APICD en el PTO, el etiquetado *dolphin safe* no sólo pueden no conseguir desalentar esas técnicas de pesca perjudiciales sino que pueden tener el efecto opuesto. Como saben que se da a su atún acceso a la etiqueta *dolphin safe* prácticamente sin limitaciones, las pesquerías que emplean esas otras técnicas no tienen ningún incentivo para adaptar sus artes y sus prácticas de pesca a fin de tener en cuenta preocupaciones relativas a la protección de los delfines. Entonces, las medidas estadounidenses sólo pueden alcanzar parcialmente su objetivo declarado de 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.<sup>60</sup>

Permitir que se haga publicidad del cumplimiento de las prescripciones del APICD, como del de las normas estadounidenses vigentes, no daría lugar a un nivel de protección menor que el que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe*. La alternativa que propuso México no crearía, para los delfines del PTO, riesgos superiores a los que aceptan los Estados Unidos de conformidad con las medidas impugnadas en relación con otras técnicas de pesca empleadas fuera del PTO. Por lo tanto, el Grupo Especial concluyó que México había identificado una alternativa razonablemente disponible que restringiría menos el comercio y alcanzaría el nivel de protección logrado por las medidas estadounidenses en relación con el objetivo de contribuir a la protección de los delfines garantizando que el mercado de los Estados Unidos no se utilice para alentar la pesca de atún de forma que cause efectos perjudiciales a los delfines.<sup>61</sup>

Por sus conclusiones sobre los dos objetivos, el Grupo Especial constató que las disposiciones de los Estados Unidos sobre el etiquetado *dolphin safe* eran incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo OTC.<sup>62</sup>

## VI. Artículo 2.4 del Acuerdo OTC

En virtud del artículo 2.4 del Acuerdo OTC, cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

---

<sup>59</sup> *Ibid*, párrafo 7.592.

<sup>60</sup> *Ibid*, párrafos 7.597-7.599.

<sup>61</sup> *Ibid*, párrafos 7.615-7.619.

<sup>62</sup> *Ibid*, párrafo 7.620.

Citando al Órgano de Apelación en *CE – Sardinias*, el Grupo Especial señaló que correspondía a la parte reclamante demostrar que la supuesta norma internacional no había sido utilizada como base del reglamento impugnado y que esa parte debía acreditar asimismo que dicha norma era eficaz y apropiada para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por el reglamento. Por lo tanto, examinó: (1) si la “norma del APICD” constituye una norma internacional pertinente; (2) si los Estados Unidos la habían utilizado como base de sus disposiciones sobre etiquetado *dolphin safe*; y (3) si esa norma era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos.<sup>63</sup> Concluyó que la “norma del APICD” constituye una norma internacional pertinente<sup>64</sup> y que los Estados Unidos no la habían utilizado como base de sus disposiciones sobre etiquetado *dolphin safe*.<sup>65</sup>

El Acuerdo OTC no define el término “norma internacional”. De acuerdo con el Anexo 1, como no hay una definición concreta de ese término, debe entenderse que la expresión “norma internacional” tiene en el Acuerdo OTC el mismo significado que en la Guía 2 de la ISO/CEI, que la define como una “[n]orma adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización y puesta a disposición del público”. Por lo tanto, el Grupo Especial constató que una “norma internacional” está integrada por tres elementos: (1) una norma; (2) adoptada por una organización internacional con actividades normativas/de normalización; y (3) puesta a disposición del público.<sup>66</sup> También concluyó que el término “norma” utilizado en la definición de “norma internacional” en la Guía 2 de la ISO/CEI debe interpretarse como se define en la propia Guía de la ISO/CEI: un “documento establecido por consenso y aprobado por una institución reconocida que prevea, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características para las actividades o sus resultados, destinadas a lograr el grado óptimo de orden en un determinado contexto”.<sup>67</sup> Concluyó que la definición de *dolphin safe* en la Resolución del APICD sobre el seguimiento y verificación del atún a que se hace referencia en la Resolución sobre la certificación *APICD Dolphin Safe* prevé, para un uso común y repetido, reglas, directrices o características en relación con la pesca de atún y los productos de atún. Por ende, constituye una “norma” a los fines del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.<sup>68</sup> Hay un fuerte vínculo institucional entre el APICD y la Comisión Internacional de Atún Tropical (CIAT), porque todos los Estados partes en el APICD son miembros de la CIAT (con excepción de Honduras). De preferencia, hacen las reuniones anuales de ambos juntos. Por tanto, el Grupo Especial concluyó que las partes en el APICD, cuando actúan dentro del marco institucional de la CIAT, constituyen una “organización” a los fines de la aplicación del artículo 2.4 del Acuerdo OTC.<sup>69</sup> También concluyó que el APICD tiene “actividades reconocidas en el ámbito de la normalización” y por consiguiente constituye un “organismo con actividades de normalización”.<sup>70</sup> La participación en el APICD está abierta, sobre una base no discriminatoria, a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros de la OMC, de acuerdo con el principio de apertura descrito en la

<sup>63</sup> *Ibid*, párrafos 7.628-7.629.

<sup>64</sup> *Ibid*, párrafos 7.663-7.707.

<sup>65</sup> *Ibid*, párrafos 7.711-7.716.

<sup>66</sup> *Ibid*, párrafos 7.663-7.664.

<sup>67</sup> *Ibid*, párrafos 7.670-7.672.

<sup>68</sup> *Ibid*, párrafo 7.677.

<sup>69</sup> *Ibid*, párrafo 7.684.

<sup>70</sup> *Ibid*, párrafo 7.687.

Decisión del Comité OTC. Por lo tanto, puede considerarse una “organización internacional con actividades de normalización” según la definición de la Guía 2 de la ISO/CEI.<sup>71</sup> Finalmente, la definición y la certificación *APICD dolphin safe* se ponen a disposición del público.<sup>72</sup> Además, la definición y la certificación de atún *APICD dolphin safe* son “pertinentes” para la medida estadounidense.<sup>73</sup>

Sin embargo, el Grupo Especial concluyó que esa norma no era un medio eficaz y apropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por los Estados Unidos. El APICD sólo informaría a los interesados de que la expresión “*dolphin safe*” en su contexto se refiere a atún capturado en asociación con delfines, en lances en los que no hay mortalidad ni heridas graves de esos animales. En la medida en que esto no permitiría que los consumidores fueran informados del hecho de que hubo persecución de delfines en el contexto de la captura del atún en cuestión ni de la existencia de posibles consecuencias no observadas de esos lances, la etiqueta APICD no abordaría algunos de los efectos perjudiciales para los delfines que los Estados Unidos habían identificado como parte de sus objetivos. Por lo tanto, la 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.<sup>74</sup> Además, la etiqueta APICD, aisladamente, no aborda los efectos perjudiciales no observados derivados de la caza y el cercamiento reiterados de delfines y del lance reiterado de redes de cerco sobre ellos. En la medida en que la norma del APICD se ocupa de los lances sobre delfines y no de otras técnicas de pesca que también pueden causar efectos perjudiciales a esos animales, tampoco sería un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos en ese ámbito.<sup>75</sup> Por estas razones, el Grupo Especial concluyó que México no había demostrado que la norma *dolphin safe* del APICD sea un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país.<sup>76</sup>

## VII. Implicaciones para casos futuros

Este caso es un precedente importante sobre la consistencia de los etiquetados ambientales con el derecho de la OMC. En este caso, los hábitos y preferencias de los consumidores estadounidenses cambiaban según la inocuidad para los delfines, pero el Grupo Especial no tenía ninguna base para suponer que los productos de atún mexicanos no son inocuos para los delfines, mientras que los productos de atún estadounidenses y los originarios de cualquier otro país son inocuos. Esto, junto con el hecho de que los productos eran idénticos bajo los demás tres criterios, determinó que los productos eran similares. ¿Cuál sería el resultado si hubiera evidencia de un producto es inocuo en términos ambientales mientras que el otro no lo es? ¿Esta diferencia sería suficiente para determinar que dos productos no son similares en el contexto del artículo 2.1 del Acuerdo OTC o en el contexto de los artículos I y III del GATT?

<sup>71</sup> *Ibid*, párrafos 7.691-7.692.

<sup>72</sup> *Ibid*, párrafo 7.695.

<sup>73</sup> *Ibid*, párrafo 7.702.

<sup>74</sup> *Ibid*, párrafos 7.729-7.731.

<sup>75</sup> *Ibid*, párrafos 7.738-7.739.

<sup>76</sup> *Ibid*, párrafo 7.740.



Si el fin del análisis de la similitud de los productos es determinar la relación de competencia en un mercado determinado, y la inocuidad del producto determina si puede competir en el mercado o no, sería razonable esperar que este criterio pudiera ser determinante, a pesar de la similitud de los productos bajo los otros tres criterios. En tal situación, las preferencias del consumidor relativas a los procesos y métodos de producción (PMP), que no afectan al producto como tal, podrían ser determinantes. Entonces, esto podría servir como base para determinar que tales etiquetados ambientales son consistentes con el trato nacional y la nación más favorecida en el derecho de la OMC. También podría ser relevante para el análisis de la similitud de productos bajo el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.<sup>77</sup>

En este caso, se determinó que el artículo 2.1 no regula el impacto de los etiquetados que se pueden atribuir al efecto del comportamiento del sector privado sobre el mercado. Esta interpretación del artículo 2.1 sería pertinente para la interpretación de los artículos I y III del GATT también. Entonces, aun si no se puede evitar la inconsistencia de estos artículos con un análisis de similitud que diera mayor peso a las preferencias de los consumidores, este argumento podría servir como base para determinar que los etiquetados ambientales son consistentes con el trato nacional y la nación más favorecida en el derecho de la OMC.

Hay muchos programas de etiquetado ambiental en el mundo. Algunos son del sector privado y otros son gubernamentales. La mayoría son programas voluntarios. La demanda en el mercado indica que estos programas seguirán creciendo y los productores responderán a esa demanda. Además, hay nuevos programas de etiquetado para la huella de carbono de los productos que están por lanzarse. Por lo tanto, la relación entre el derecho de la OMC y los programas de etiquetado ambiental es un tema cuya importancia seguirá creciendo. Una cuestión clave será la diferencia entre normas voluntarias y reglamentos técnicos obligatorios en el Acuerdo OTC.

---

<sup>77</sup> Véase Bradley J. Condon, “Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, 12:4, 2009, pp. 895-926.