

COMPRENSIÓN DE LA OMC SOBRE LA CERTIFICACION ‘DOLPHIN SAFE’ EN LA PESCA DE ATÚN: EL CASO US TUNA II

Joana Stelzer¹

Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC)

Everton das Neves Gonçalves²

Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC)

Keite Wieira³

Escola Superior de Criciúma (ESUCRI)

RESUMEN

Dicho estudio pretende analizar el caso US Tuna II, juzgado por el Sistema de Solución de Controversias de la OMC para identificar el papel de la certificación (*Dolphin safe*) Impuesto por los Estados Unidos a la pesca del atún, con miras a la protección de los delfines. Esta evaluación se ha desarrollado a la luz del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, así como desde el punto de vista de la definición y conceptualización del reglamento técnico. Para que pudiera alcanzar a la conclusión deseada, se hizo necesario comprender el caso, el acuerdo citado, que incluye los Principios de Trato Nacional, Nación Más Favorecida, la creación de obstáculos innecesarios al comercio internacional y la armonización; el concepto de reglamento técnico y, por último, las decisiones del panel y el órgano de apelación. Basado en estas informaciones, la decisión final del caso ha sido analizada bajo la pauta de cumplimiento de las normas de la OMC sobre barreras y desde el punto de vista de las condiciones justas de la competencia en el comercio internacional. En cuanto a la metodología,

1 Postdoctorado en Derecho por la Universidad de São Paulo (USP). Doctorado y Máster en Derecho, en el área de Relaciones Internacionales, Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Profesor Asociado I en la UFSC. Profesor acreditado en el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (PPGD/ CCJ/UFSC) para maestría y doctorado. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9503-4080> / e-mail: contatojoana@yahoo.com.br

2 Doctor en Derecho, en el área de Derecho Económico, Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Doctor en Derecho, Derecho Económico Internacional, por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Máster en Derecho por la UFSC. Profesor titular en la UFSC. Profesor acreditado en el Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (PPGD/CCJ/UFSC) para maestría y doctorado. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5116-9362> / e-mail: evertong@veorial.net

3 Estudiante de doctorado en Derecho, en el área de Derecho Internacional, Comercio Económico y Sostenible. Master en Derecho (UFSC), en el área de Relaciones Internacionales, UFSC. Experto en Derecho Aduanero y Comercio Exterior de la Universidad de Vale do Itajaí (UNIVALI). Profesor de la Facultad de Derecho de Criciúma (ESUCRI). ORCID (ESUCRI). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5319-5548> / e-mail keitewieira@gmail.com

es una investigación pura, cualitativa y descriptiva. El método de aproximación fue la crítica inductiva, la interpretación lógico-gramatical y los procedimientos técnicos documentales.

Palabras clave: Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; certificación de protección animal; *Dolphin Safe*; US TUNA II

A COMPREENSÃO DA OMC SOBRE A CERTIFICAÇÃO 'DOLPHIN SAFE' NA PESCA DO ATUM: O CASO US TUNA II

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a análise do caso US Tuna II, julgado pelo Sistema de Solução de Controvérsias da OMC para identificar o papel da certificação (Dolphin safe) imposta pelos Estados Unidos na pesca de atum, visando à proteção dos golfinhos. Essa apreciação desenvolveu-se à luz do Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio da OMC, bem como sob a ótica da definição e da conceituação de regulamento técnico. Para que se pudesse atingir a conclusão desejada, fez-se necessária a compreensão do caso, do acordo citado, incluindo os princípios do Tratamento Nacional, da Nação Mais Favorecida, da criação de obstáculos desnecessários ao comércio internacional e da harmonização; do conceito de regulamento técnico e, por fim, das decisões do painel e do órgão de apelação. Com base nessas informações, analisou-se a decisão final do caso sob a diretriz da adequação às normas da OMC sobre barreiras e sob a ótica das condições justas de concorrência no comércio internacional. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa pura, qualitativa e descritiva. O método de abordagem foi o indutivo crítico, de interpretação lógico-gramatical e procedimento técnicos documentais.

Palavras-chave: *Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio; certificação de proteção animal; Dolphin Safe; US TUNA II.*

INTRODUCCIÓN

Comprensión y el papel de la certificación (*Dolphin safe*) impuesta por los Estados Unidos a la pesca de atún de acuerdo con la protección de los delfines y basado en las barreras técnicas establecidas por la Organización Mundial de Comercio (OMC), vuelve al centro de las discusiones debido a sus inquietantes motivaciones legales.

Desde un punto de vista fáctico, debe quedarse claro que, por razones que aún no se conocen bien, las escuelas de atún a menudo nadan bajo grandes grupos de delfines, y desde 1959 los pescadores de atún han utilizado esta asociación para capturar estos peces. Sin embargo, muchos consumidores han exigido de la actividad pesquera, el respeto a las normas éticas de los derechos de los animales, puesto la pesca del atún implicaba llevar a bordo a los delfines agotados tras la persecución. Incluso cuando son devueltos al mar, los delfines generalmente morían tras la práctica depredadora. Esto llevó a la creación de la etiqueta *Dolphin Safe*, ampliamente utilizada en los Estados Unidos, que exigía que el lanzamiento de redes ya no fuera realizado deliberadamente contra los delfines.

En junio de 1994 fueron tomadas dos acciones: la adopción de la etiqueta por parte de la flota atunera estadounidense y una prohibición de las importaciones de atún capturado en países que no replican dicha práctica. Las discusiones, si bien, no terminaron debido a esta circunstancia. De hecho, los países que se vieron obligados a seguir el marco ambiental de protección (en detrimento de otros que no necesitaban seguir la regla) invocaron la inconsistencia con la Organización Mundial de Comercio (OMC), el ejemplo de México.

En vista de estas consideraciones, el estudio fue criticado para evaluar la decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC no solo sobre la base del cumplimiento de las normas sobre barreras técnicas, sino también sobre las condiciones justas de competencia en el mercado internacional. Así, se describió la posición de la OMC ante la agitación: ¿La regulación de los EE. UU. que condiciona el uso de la certificación de protección de delfines cae dentro del concepto de regulación técnica? La hipótesis se refiere a la restricción traída por la norma estadounidense que ofrecería un trato diferencial y desfavorable a México, y que llevó el caso a la OMC —, porque al restringir el uso del sello con reglas desproporcionadas y discriminatorias (la pesca en el área de la *ETP*), se restringirá el acceso del atún mexicano al mercado estadounidense. De hecho, la comunidad de

comercio internacional ya sabe que el consumidor estadounidense rechaza ampliamente el atún que no utiliza el sello de protección de delfines.

Para dilucidar la hipótesis, el objetivo general fue describir las razones de la confrontación en el Proceso de Tuna II, tanto en los Estados Unidos como en México. Los objetivos específicos fueron: describir los dilemas que involucraron el proceso y que estaban centradas en la eficiencia de protección de la certificación *Dolphin Safe*; discutir el propósito proteccionista de las barreras técnicas invocadas; y para destacar la decisión tomada por la OMC, que pasó por el Informe de las decisiones del Grupo Especial (*Panel*) y el grupo de apelación (*Appellate Body*) do Sistema de Solución de Controversias de la OMC.

Entre las teorías que se presentaron para aportar el detalle deseado, se basó en el propio argumento de la OMC, con énfasis en el análisis hermenéutico. Así, una vez establecido el marco teórico a partir de los autores. Silvia M. de Oliveira (2005) y Alan O. Sykes (2017), el análisis se centró en el concepto de reglamentación técnica y en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos de la OMC, que incluye el Trato nacional, la nación más favorecida, los obstáculos innecesarios al comercio internacional y los principios de armonización.

Con respecto a la metodología, en lo que se refiere a la naturaleza, se trata de pura investigación, porque había gran interés en descifrar la comprensión de cuáles son las barreras técnicas. Respecto al enfoque del problema, este es un estudio cualitativo apoyado por la interpretación de las reglas por el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. En cuanto a los propósitos, fue descriptivo, en un esfuerzo por señalar los puntos principales que estructuraron el fallo emanado. El método de enfoque fue el inductivo crítico, sin ignorar su fragilidad, ya que las decisiones futuras de la OMC no se pueden garantizar con la lógica impregnada en el Tuna II. Aun así, dada la complejidad del proceso, este referido método fue útil porque permitió delimitar las ideas clave que guiaron el juicio. En cuanto al método de interpretación, fue lógico-gramatical, y en cuanto a procedimientos técnicos, fue mayormente documental.

1 EL CASO *US TUNA II* DE ESTADOS UNIDOS A TRAVÉS DE LAS CERTIFICACIONES *DOLPHIN SAFE* Y *SETTING ON DOLPHINS*

Quizás debido a un criterio geográfico, en el caso de los países vecinos con mayor importación y exportación logística, la disputa entre los Estados

Unidos y México sobre la comercialización del atún y la protección de los delfines, pescado en la zona este del pacífico – *Eastern Tropical Pacific (ETP)*, sea antigua. En octubre de 2008, tras la promulgación de la legislación nacional de EE. UU. *U.S. Dolphin Protection Consumer Information Act* la regulación de las condiciones bajo las cuales el atún capturado en el Pacífico oriental podría ser comercializado a los Estados Unidos, con el sello de protección de los delfines (*Dolphin Safe Label*), bajo las reglas del Sistema de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el México le contactó a los Estados Unidos en forma de consulta.

Dado que el intento obligatorio de compromiso fue infructuoso, en marzo de 2009 se estableció un grupo especial para resolver el caso número 381, analizando las inconsistencias señaladas por México. Otros países, incluso Brasil, integraron la disputa como terceros interesados, garantizando su participación a través de demostraciones durante todo el proceso.

En cuanto a la esencia del caso, es necesario analizar las supuestas medidas inconsistentes que Estados Unidos tomaría en detrimento de México. La legislación estadounidense en cuestión se ha convertido en una norma en el sistema legal, con el objetivo de estandarizar y regular las condiciones de uso del sello de protección de delfines – *Dolphin Safe*. Por lo tanto, la norma atacó, entre otras cuestiones, la técnica de pesca conocida como *Setting on Dolphins*.

Dentro del área del Pacífico oriental hay una asociación natural entre los delfines y el atún. Debido a la capacidad del atún para nadar tan rápido como los delfines, se cree que esta es la razón por la que las dos especies se convierten en compañeros de nado. Como resultado de esta asociación, se creó una técnica de pesca (*Setting on Dolphins*) en la cual, cuando ven a los delfines en la superficie, los pescadores lanzan las redes debajo de ellos, buscando atrapar el atún que generalmente nadan cerca del vientre de los delfines. Esta técnica de pesca da como resultado una alta tasa de mortalidad para los delfines, ya que cuando los peces se separan, muchos de ellos terminan siendo sacrificados o gravemente heridos. Aun así, los cachorros que dependen de sus madres, cuando se separan, terminan muriéndose de hambre o se convierten en presa fácil de los depredadores.

Ante tal situación, la legislación de los EE. UU. Predijo que a los pescadores que usen esta técnica se les prohibiría usar el sello de protección de delfines en el empaque de productos destinados a la importación en el país

americano. Además, independientemente de la técnica utilizada, para que el atún capturado en¹ el Pacífico Este (ETP) reciba tal sello, sería necesario que el capitán del barco y otro observador certifiquen que ningún delfín había muerto o había sufrido lesiones graves durante el proceso de pesca de ese atún. Es importante señalar que la ley no contempla la aplicación de este criterio para peces de cualquier otra región ETP (SYKES, 2017).

También hay que señalar que, aunque los Estados Unidos ya había abandonado la técnica *Setting on Dolphins*, el método todavía utilizado por México, que era el operador pesquero más frecuente en esa región (SYKES, 2017). Como la mayoría del atún vendido y exportado por México no calificó para el sello, el país que se encontraba en desventaja por la medida dependía de la OMC a través del establecimiento del caso ya narrado. El protocolo mexicano dejó en claro que el país cumplía con el Acuerdo Internacional para la Conservación de los Delfines (*Agreement on the International Dolphin Conservation Program – AIDCP*), que contempla medidas para reducir la mortalidad de delfines sin prohibir, sin embargo, la técnica *Setting on Dolphins* (SYKES, 2017). Cabe señalar que el acuerdo también tiene reglas para el uso del sello de protección de delfines (IATTC, 2005) y que estas regulaciones difieren de las creadas por la ley de los Estados Unidos, porque son sellos diferentes, pero con el mismo objetivo: garantizar la seguridad de los delfines.

Todavía, los mexicanos fueron puntuales al afirmar que la técnica condenada por la legislación de los Estados Unidos no solo se usaba en la ETP, sino en otras regiones oceánicas del mundo, donde también sería común asociar el atún con los delfines. Las principales inconsistencias señaladas por México en relación a la medida de certificación se relacionaron con los artículos 2.1, 2.2 y 2.4 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio Internacional (*Agreement on Technical Barriers to Trade – TBT*) y dispositivos correspondientes del GATT.

La defensa de los Estados Unidos se ha estado moviendo en el sentido de que su legislación no estaba destinada a imponer obstáculos técnicos a la importación, sino a regular el uso del sello de protección de delfines. No había nada que impedía a México, caso hubiese continuado la pesca en la ETP, con la técnica no aceptada, exportar su producto a los Estados Unidos sin el sello correspondiente, y por esa razón no habría que hablar sobre las restricciones a la importación.

Aun así, es importante mencionar que esta no fue la primera oportunidad en la que el país estadounidense fue acusado en los procedimientos iniciados

por el país mexicano. En el año 1990, México solicitó una consulta con los Estados Unidos alegando que sus medidas a favor del atún restringían y prohibían la importación de atún mexicano. Esta solicitud dio lugar a un informe del entonces grupo de sistema especial GATT (WTO, 2019d), conocido como US TUNA I.

En ese momento, la Ley de Protección de los Mamíferos, impuesta por la Marina de los Estados Unidos, prohibió la importación de atún capturado en la zona ETP, a modo de embargo, por presuntamente causar daños a los mamíferos de esa región. La defensa de los Estados Unidos, a la luz del sistema de solución de controversias del GATT 47, declaró que se trata de una medida excepcional que está comprendida en el artículo XX del GATT, párrafos b y g (medidas necesarias para la protección y conservación de los animales de recursos naturales agotables). Según Orlando Celso da Silva Neto (2006), la medida restrictiva autorizada por el artículo XX del GATT, incluso si implicara obstáculos al libre comercio, era legítima cuando tenía como objetivo garantizar los objetivos enumerados en la función del dispositivo, siempre que no se aplicara de una manera injustificada, discriminatoria y excesivamente restrictiva.

En ese sentido, el Grupo Especial entendió que México tenía razón, ya que los Estados Unidos actuaban sin tener en cuenta el artículo XI del GATT 47, que prohibía las restricciones y/o prohibiciones cuantitativas a la importación. Esto se entendió porque se señaló que no había pruebas suficientes para demostrar que la Ley de la Marina de los Estados Unidos buscaba la supuesta protección del medio ambiente y los mamíferos sin restringir el comercio internacional de manera discriminatoria.

Ocurre que, Aunque México hubiera tenido éxito en el litigio, frente al informe de la corte del GATT, este informe no fue adoptado por los países miembros, dejando de producir efectos legales. Como los países involucrados fueron cerrando negociaciones paralelas en el *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), el tema dejó de tener destaque en el sistema multilateral de comercio.

En esta segunda oportunidad, es decir, en el caso de TUNA II de EE. UU (Supra establecido), que ya se encuentra bajo la jurisdicción del Sistema de Solución de Controversias de la OMC, Estados Unidos edita una vez más las normas internas, que ahora restringen las importaciones de atún de México. En cambio, la ley de los Estados Unidos se basaba en la certificación para los delfines.

2 SELLO *DOLPHIN SAFE*: ENTRE LA PROTECCIÓN ANIMAL Y EL OBSTÁCULO TÉCNICO AL COMERCIO INTERNACIONAL

Una vez que la solución se ha formado sobre la base del cuestionamiento del marco de la medida estadounidense como un obstáculo técnico, es necesario discutir el propósito proteccionista de dichos obstáculos técnicos:

La mayoría de los *standards* y los reglamentos técnicos se adoptan con el propósito de proteger la salud o la seguridad humana[...] Además, la vida o la salud animal o vegetal pueden estar protegidas por un obstáculo técnico, incluidas las regulaciones destinadas a garantizar que las especies animales y vegetales no se extingan. [...] (OLIVEIRA, 2005, p. 292).

En el caso bajo análisis, a pesar de los obstáculos impuestos por los Estados Unidos (requisitos para la certificación *Dolphin Safe*) buscar la protección de una especie de animales (delfines), México entendió que dicha regulación estaría cubriendo una verdadera medida proteccionista de su industria nacional, aunque se sabe que “los obstáculos técnicos se pueden manipular fácilmente para encubrir las medidas proteccionistas” (OLIVEIRA, 2005, p. 278).

La motivación de México para promover la solicitud de consulta y, posteriormente, la solicitud para establecer el panel fue “[...] el uso de *standards* y reglamentos técnicos con el fin de restringir el comercio y discriminar a los proveedores extranjeros” (OLIVEIRA, 2005, p. 278), por medio de la certificación, puesto que “[...] el proceso de certificación en sí podría ser utilizado con fines proteccionistas. [...]” (OLIVEIRA, 2005, p. 280), hasta porque las restricciones fueron impuestas por el propio Estado pescando y vendiendo atún, compitiendo con el atún mexicano importado en su mercado nacional. Como ya se ha mencionado, los principales artículos del Acuerdo de Obstáculos Técnicos que se señalaron en el caso son:

2.1: Los Miembros se asegurarán, con respecto a los reglamentos técnicos, que los productos importados del territorio de cualquier Miembro reciban un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y productos similares originarios de cualquier otro país (WTO, 2019a).

Este artículo trae la regla de Nación más favorecida y Trato Nacional, además de establecer que ningún estado miembro debe recibir un trato menos favorecido en términos de obstáculos técnicos. Por lo tanto, determina que el mismo trato nacional debe extenderse a los productos

importados de otros estados miembros. Ambas reglas se describen a continuación:

El párrafo 1º de artículo 2º establece en los reglamentos técnicos que los productos importados del territorio de cualquier miembro deben recibir un trato no menos favorable que los otorgados a productos similares de origen nacional y productos similares originarios de cualquier otro país. Estas obligaciones también se aplicarán a los procedimientos de evaluación de la conformidad, que se aplicarán a los productos importados de otros miembros de la OMC de una manera no menos favorable que la otorgada a productos similares de origen nacional y productos similares originarios de cualquier otro país (OLIVEIRA, 2005, p. 294).

El artículo 2.2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos, también señalado por México como violado por la medida proteccionista de los Estados Unidos, establece:

Los miembros se asegurarán de que los reglamentos técnicos no se elaboren, adopten o apliquen con el propósito o efecto de crear barreras técnicas al comercio internacional. Para este fin, los reglamentos técnicos no deben restringir el comercio más de lo necesario para lograr un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía la no implementación. Tales objetivos legítimos son, *inter alia*: imperativos de la seguridad nacional; prevención de prácticas engañosas; la protección de la salud o seguridad humanas, la salud o la vida animal o vegetal, o el medio ambiente. Al evaluar tales riesgos, los elementos relevantes que deben tomarse en consideración son, *inter alia*: la información técnica y científica disponible, la tecnología de procesamiento relacionada o los usos finales para los cuales están destinados los productos (WTO, 2019a).

El artículo 2.2, por su parte, traduce la regla de que no deben imponerse obstáculos innecesarios al comercio. En el caso de un acuerdo sobre obstáculos técnicos, es esencial establecer que, incluso si se trata de una cuestión regulada, es decir, una cuestión de imposición legítima, no se pueden aceptar la estipulación de obstáculos innecesarios para el correcto desarrollo del comercio. Por lo tanto, un obstáculo no puede ser más restrictivo al comercio que lo necesario para lograr el objetivo de protección deseado.

Como objetivos legítimos se reconocen en el párrafo 2º del artículo 2º, *inter alia*, los imperativos de seguridad nacional, la prevención de prácticas engañosas, la protección de la salud o seguridad humana, la salud o la vida animal o vegetal, o el medio ambiente. [...] reglamento técnico y un obstáculo innecesario al comercio cuando: (i) es más restrictivo que lo necesario para lograr un objetivo determinado, o (ii) el objetivo no es legítimo; y un reglamento es más restrictivo que necesario cuando el objetivo perseguido puede lograrse por medio de medidas alternativas que tengan efectos menos restrictivos en el comercio, teniendo en cuenta los riesgos que crearía el incumplimiento del objetivo (OLIVEIRA, 2005, p. 295).

Se lee, sin embargo, el artículo 2.4 del Acuerdo de Obstáculos Técnicos:

Cuando se requieren reglamentos técnicos y existen normas internacionales pertinentes o su redacción final es inminente, los Miembros utilizarán esas normas o elementos pertinentes como base de sus reglamentos técnicos, excepto cuando las normas internacionales o sus elementos pertinentes sean medios inadecuados o ineficaces para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo, debido a factores geográficos o climáticos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales (WTO, 2019a).

Ese artículo se refiere a la regla de la armonización.

El acuerdo alienta, en conformidad con el párrafo 4º del artículo 2º, el uso de *standards* internacional existente para la redacción de normativas nacionales, o parte de ellos, excepto cuando tales *standards* organizaciones internacionales o sus elementos sean un medio inadecuado o ineficaz para la realización de *Objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo, debido a factores geográficos o climáticos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales*. En este particular, se destaca el uso de la expresión, por *ejemplo*, que no limita los factores capaces de asignar ineficiencia e insuficiencia a los *standards* para lograr los objetivos perseguidos (OLIVEIRA, 2005, p. 295).

Tras analizar las posibles inconsistencias de la medida de los Estados Unidos señaladas por México, se inicia el análisis de la línea de defensa de los Estados Unidos. Por lo tanto, es imperativo analizar cuáles son los requisitos de un reglamento técnico. En otras palabras, es necesario verificar si la regulación de los EE. UU. Que condiciona el uso de la certificación de protección a los delfines se encuentra dentro del concepto de reglamentación técnica, ya que, al no ser compatible entre los conceptos, no es necesario hablar de manera inconsistente en la medida estadounidense o de falta de respeto a las normas de la OMC señaladas por el país mexicano. Por lo tanto, es necesario observar el concepto de reglamento técnico mencionado en el punto 1 del anexo 1 de la TBT:

I regulación técnica: un documento que establece las características de un producto o los procesos y métodos de producción relacionados, incluidas las disposiciones administrativas aplicables, cuyo cumplimiento es obligatorio. También puede tratar parcial o exclusivamente con terminología, símbolos y empaquetado, marcado o requisitos de etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción (WTO, 2019a).

De la lectura, se plantea que un reglamento técnico está destinado a un producto específico que dispone de los métodos de procesamiento y

producción. Además, en el caso de un reglamento técnico, su aplicación es obligatoria. Desde este punto de vista, es necesario analizar todos aquellos requisitos legales y aplicaciones bajo la interpretación del panel especial y el grupo de apelación responsable del caso México × Estados Unidos. Por lo tanto, es importante recordar que en ningún momento el país estadounidense impuso restricciones a las importaciones de atún capturado en *ETP*, sino más bien al uso del sello *Dolphin Safe*.

3 SEGURIDAD PARA EL DELFÍN O EL REGLAMENTO TÉCNICO: LA DECISIÓN DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

La decisión de la OMC aprobó el Informe sobre las decisiones del Grupo Especial (*Panel*) y del órgano de apelación (*Appellate Body*) del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, analizando la aplicación de las disposiciones legales de la organización.

El primer punto examinado por el Grupo Especial Se relacionó con el marco de la norma estadounidense como Reglamento Técnico. Para verificar si la medida establecida por los Estados Unidos era un reglamento técnico, que es obligatorio y no una norma técnica, de carácter opcional/voluntario, fue marcado en el Anexo 1, del Acuerdo de Obstáculos Técnicos (Acuerdo ABTC). El Informe del Grupo Especial estableció:

7.54 Por lo tanto, ahora consideramos si las medidas de los Estados Unidos impugnadas por México constituyen un reglamento técnico en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo ABTC, sobre la base de esos tres elementos, tal como lo expresa el Órgano de Apelación.

7.55 En consecuencia, consideraremos las siguientes preguntas a su vez:

- (a) Si las disposiciones de etiquetado *Dolphin-Safe* de EE. UU. Se aplican a un grupo de productos identificable;
- (b) Si establecen una o más características de estos productos;
- (c) Si su cumplimiento es obligatorio en el sentido del Anexo 1 (WTO, 2019b, p. 135).

Según el análisis del Grupo Especial, todas las características de un reglamento técnico estaban presentes en la medida estadounidense: (a) producto identificable: atún; (b) establecimiento de una o más características del producto: la determinación de los requisitos para el uso del sello, aplicando a un método de proceso, que sería la forma de pesca; y (c) obligatorio: de hecho, la medida de los Estados Unidos con respecto

a el sello US *Dolphin Safe* era obligatorio. Para poder utilizar el sello, fue necesario cumplir con las determinaciones legales impuestas por la medida interna.

De los requisitos citados, este último exigió más análisis: la obligación de la medida. Esto se debe a que, como lo ha señalado la defensa de los Estados Unidos, el país permite la comercialización de atún sin sello en su mercado interno, es decir, no existe ningún obstáculo que enfrente las reglas de la OMC para que México exporte atún a los Estados Unidos. Lo que el país estadounidense pretendía disciplinar era simplemente el uso del sello de protección de delfines, en productos cuya importación está permitida sin ningún obstáculo. Para abordar la cuestión, el Grupo Especial observó primero el término “obligatorio” a la luz de la legislación.

En primer lugar, observamos que las definiciones de diccionario del término “obligatorio” incluyen “vinculante” así como “compulsorio, obligatorio, no discrecional” o “exigido por ley o mandato obligatorio”. Esto sugiere que la noción de “obligatorio” puede abarcar la naturaleza legalmente vinculante y exigible del instrumento, y también puede relacionarse con su contenido, prescribir / imponer un comportamiento particular. También observamos que la Guía 2 de ISO / IEC establece que el término “requisito obligatorio” debe usarse para significar solo “un requisito obligatorio por ley o reglamento” (WTO, 2019b, p. 144).

Bajo esta perspectiva, se consideró obligatorio el acto de regulación legal con fuerza obligatoria y compulsoria:

En resumen, consideramos que el cumplimiento de las características del producto o sus métodos o procesos de producción relacionados es “obligatorio” en el sentido del Anexo 1.1, si el documento en el que están contenidos tiene el efecto de una regulación legal u obligatoria de las características en cuestión, y para prescribir o imponer de forma vinculativa o compulsiva que un producto determinado debe poseer ciertos rasgos, terminología, símbolos, envases, marcas o etiquetas, o que deben o no deben producirse utilizando ciertos procesos y métodos de producción (WTO, 2019b, p. 146).

Cuando se tiene como acertada la definición anterior, es decir, la obligatoriedad de la norma, ha evolucionado al siguiente análisis: independientemente de la comercialización libre de atún sin el sello, es necesario comprender si las características establecidas para obtener el sello en sí eran obligatorias y prohibitivas.

Esto se debe a que, para México, por mucho que sea posible importar sin el sello, no se puede aceptar que un país miembro de la OMC tenga una legislación que establezca características obligatorias para sus productos,

incluso si es para el uso de un sello. Ante tal argumento, el Grupo Especial, en su informe, decidió:

En la presente disputa, México no alega que las disposiciones del delfín de los Estados Unidos requieran el uso de la etiqueta del delfín. De hecho, es indiscutible que las medidas en cuestión no imponen un requisito positivo para etiquetar los productos de atún que se venderán en el mercado de los Estados Unidos como seguros para los delfines. Ni las disposiciones legales y reglamentarias ni la decisión judicial impugnada por México contienen un lenguaje que requiere el uso de la etiqueta *dolphin safe* para productos de atún como condición para que dichos productos se comercialicen en los Estados Unidos.

México sostiene, sin embargo, que estas medidas requieren negativamente que “los productos de atún ofrecidos para la venta en los Estados Unidos no deben tener ciertas características” a menos que se cumplan ciertas condiciones. Específicamente, México alega que las medidas en cuestión implican una prohibición del uso de una etiqueta *dolphin safe* en los productos de atún mexicanos comercializados en los Estados Unidos. En opinión de México, esta prohibición puede expresarse como un requisito para que los productos de atún ofrecidos para la venta en los Estados Unidos no deban tener ciertas características (por ejemplo, marcas distintivas: la etiqueta *dolphin safe* o cualquier otra marca o marca similar) A menos que se cumplan los requisitos prescritos (WTO, 2019b, p. 148).

Bajo este norte, la decisión del panel se basó en el hecho de que las medidas son realmente vinculantes. Además de ser emanados por el Gobierno, aquellos que producen todos los actos vinculantes imponen una sanción por el incumplimiento, ya que el incumplimiento de las características impuestas por la norma estadounidense implicaría una prohibición del uso del sello. Además, la medida de EE. UU. No solo regula el uso del sello de protección de delfines, sino que también restringe el uso de los términos “boto” o “mamífero marino” y otros paquetes de atún relacionados con delfines si se crean las condiciones vinculantes en la ley porque no se cumplieron.

En otras palabras, la medida prohibió a México aplicar cualquier otra legislación, ya que existían otras como el acuerdo mencionado anteriormente, en el cual eran apropiadas, para transferir al consumidor la información que colaboraba con la protección de los delfines, como se desprende del informe del Grupo Especial.

7.142 en primer lugar, las medidas en cuestión son jurídicamente vinculantes y vinculantes de acuerdo con la ley de los Estados Unidos (son emitidos por el gobierno e incluyen sanciones legales). Este es un componente importante de la naturaleza “obligatoria” de las medidas. Sin embargo, esto no los distingue necesariamente de cualquier norma que esté protegida contra el uso indebido o engañoso según la

ley general, como la protección de marcas comerciales o las leyes contra prácticas engañosas.

7.143 además, sin embargo, las medidas en cuestión prescriben ciertos requisitos que deben cumplirse para hacer cualquier reclamo sobre la forma en que se ha capturado el atún contenido en el producto para los delfines. Las medidas regulan no solo el uso de la etiqueta específica en cuestión, sino también el uso de una gama de términos para la oferta de venta de productos de atún, además de la designación específica en sí. *dolphin safe*. Las medidas en cuestión, por lo tanto, prohíben el uso de otros términos como “mamífero marino” o cualquier declaración relacionada con delfines o animales marinos, ya sea que se proporcione información engañosa o no si no se cumplen las condiciones establecidas en el Reglamento (WTO, 2019b, p. 152).

Luego, bajo esa descripción, las medidas estadounidenses dejaron en claro que regulaban no solo el uso de la etiqueta específica, sino toda una gama de términos para la venta de productos de atún (además, por supuesto, el nombre *Dolphin Safe*). Según los Estados Unidos, habría un *status* legal y un tipo que se debe obedecer.

7.144 además, las medidas incorporan el cumplimiento de una norma específica como el único medio para asegurar un *status dolphin safe* para los productos de atún. Las medidas no dejan ningún criterio para utilizar cualquier otra norma para informar a los consumidores sobre la seguridad de los delfines, que cumplir con los requisitos específicos de la medida. De hecho, el estándar *dolphin safe* reflejada en las medidas en cuestión es, en virtud de estas medidas, la única norma disponible para resolver el problema. A través del acceso al sello, el *status dolphin safe* de los productos de atún de forma vinculante y exclusiva y prescriben, de manera positiva y negativa, los requisitos para las declaraciones de sello. Esto distingue esta situación de una en la que, por ejemplo, varias normas en competencia pueden coexistir en el mismo tema, con reclamos diferentes pero relacionados, cada uno de los cuales puede ser protegido por derecho propio (WTO, 2019b, p. 152).

De hecho, frente a esta descripción, las medidas de los Estados Unidos dejaron en claro que no había posibilidad de otro criterio para informar a los consumidores sobre la seguridad de los delfines. Solo a través del estándar *Dolphin Safe* de los Estados Unidos se comercializaron productos de atún de manera vinculante y exclusiva.

7.145 a la luz de todo lo anterior, consideramos que las medidas en cuestión establecen requisitos de etiquetado, cuyo cumplimiento es obligatorio. A la luz de nuestra constatación de que las medidas en cuestión establecen requisitos de etiquetado obligatorios, no consideramos necesario considerar el argumento de México, de ser también de hecho obligatoria (WTO, 2019b, p. 152).

En lo que resulta de este análisis, el Panel sobre Solución de Controversias de la OMC determinó que la medida impuesta por los

Estados Unidos era de hecho obligatoria y era un reglamento técnico. Sobre la base de que la norma de los Estados Unidos era un reglamento técnico, correspondía al Panel verificar si dicho reglamento técnico infringía las reglas establecidas en el Acuerdo de Obstáculos Técnicos (con referencia a los Artículos del GATT).

Primero, para establecer las supuestas irregularidades en relación con el Principio de la nación más favorecida y el Principio del trato nacional, fue necesario analizar si el atún comercializado por México era un producto similar al otro atún exportado a los Estados Unidos y vendido por el propio país. Para que un producto sea similar, según la opinión del Grupo Especial, los productos bajo análisis (atún mexicano, atún americano y atún de otros países miembros) deberían presentar cuatro características: (i) características físicas similares; (ii) destino final del producto similar; (iii) tratamiento similar por parte de los consumidores del producto para satisfacer la satisfacción de una demanda; y (iv) la clasificación internacional de productos para la definición del impuesto de importación (Nomenclatura Común de Mercancías – NCM):

7.235 para demostrar que el atún mexicano y los productos de atún originados en los Estados Unidos o en cualquier otro país son similares, México ha seguido el enfoque derivado del Informe del Grupo de Trabajo del GATT sobre Ajustes Tributarios en las Fronteras. Este enfoque se basa en un análisis de cuatro criterios generales, que reflejan cuatro categorías de características que los productos involucrados pueden compartir: (i) las propiedades físicas de los productos, (ii) la medida en que los productos pueden servir al mismo o (iii) la medida en que los consumidores perciben y tratan los productos como medios alternativos para realizar funciones específicas para satisfacer una necesidad o demanda específica, y (iv) la clasificación internacional de los productos arancelario (WTO, 2019b, p. 171).

Frente a estos ítems, se entendió que el atún mexicano, el atún americano y el atún de otros países miembros de la OMC eran, de hecho, similares. Sin embargo, a pesar de la similitud, el panel concluyó que no se proporcionaron pruebas suficientes de que la norma de los Estados Unidos violaría el art. 2.1 de TBT ya que, para el panel, la medida de los Estados Unidos sería neutral, imponiendo disposiciones generales para cualquier atún. Solo de manera coincidente, las circunstancias habrían tenido un impacto negativo en las importaciones de atún mexicano, concluyó el panel.

Pese a que reconozca los productos que el sello de protección para los delfines tenía un valor de mercado distinto – una conclusión extraída tras el análisis del hecho de que sus receptores en el mercado estadounidense,

es decir, los consumidores de ese país tienden a rechazar el atún que no presenta el sello de protección a los delfines, caracterizando así un mayor beneficio para el atún estadounidense y otros que llevan el sello – el Grupo Especial se posicionó en el sentido de que tales factores no alteraron las condiciones justas de la competencia, ya que el rechazo estadounidense sería el resultado de la conciencia de la protección de delfines y los movimientos ambientales de las décadas de 1980 e 1990:

7.287 estamos de acuerdo con los Estados Unidos en lo que toca a las decisiones de los consumidores estadounidenses de querer comprar productos de atún con protección contra delfines son el resultado de sus propias elecciones y no lugar de medidas. Sin embargo, como se señaló anteriormente, son las propias medidas las que controlan el acceso a la etiqueta y permiten a los consumidores expresar sus preferencias por el atún certificado. Por lo tanto, se otorga una ventaja a los productos elegibles para la etiqueta al acceder a dicha etiqueta.

7.288 también notamos que es innegable que los consumidores estadounidenses son sensibles al problema de los delfines. Esto es reconocido tanto por México como por los Estados Unidos, y también se confirma por la evidencia presentada como el *amicus curiae brief* a lo que los Estados Unidos se refirieron en sus respuestas a las preguntas. Esta evidencia sugiere que, siguiendo la campaña pública de la organización ambiental *Earth Island Institute* a fines de la década de 1980 (incluyendo imágenes tomadas en 1987-88 que mostraban la captura y matanza de delfines durante un viaje de pesca donde se los utilizaron), los procesadores de atún estaban bajo presión para dejar de comprar atún capturado condiciones perjudiciales para los delfines. La evidencia presentada al Panel también muestra que los principales procesadores de atún han respondido a estas preocupaciones con los delfines y que esto ha llevado a cambios en sus políticas de compra desde abril de 1990. Estas políticas aún están vigentes: estas compañías no comprarán atún de buques pesqueros en asociación con delfines (WTO 2019b, p. 181).

Por lo tanto, la OMC reconoció que los consumidores estadounidenses eran sensibles al problema de los delfines y que los principales procesadores de atún habían respondido a las campañas de concienciación sobre las preocupaciones relacionadas con la pesca del atún relacionadas con delfines, lo que llevó a cambios en las políticas de compra.

7.289 estos elementos sugieren que la etiqueta de seguridad para delfines tiene un valor comercial significativo en el mercado de productos de atún de EE. UU. Como el único medio por el cual se puede reclamar el *status* delfin. De hecho, la evidencia de que se niega a comprar atún capturado en asociación con delfines sugiere que la presión es suficiente para inducir a los procesadores de productos de atún a evitar por completo el atún que haría que sus productos finales no sean elegibles para la etiqueta. Si bien esto es solo una evidencia indirecta del comportamiento del consumidor final,

sugiere que los propios productores asuman que no podrían vender productos de atún que no cumplan con los requisitos de protección de delfines, o al menos no a un precio suficiente para asegurar su compra (WTO 2019b, p. 181).

Además de comprender que el rechazo del mercado se basaba en las elecciones de los consumidores, el panel se basó principalmente en el hecho de que la medida de los EE. UU. Buscaba imponer restricciones a la pesca *Setting On Dolphins*, no en el país mexicano o en los productos de su origen, que, casualmente, utiliza esta técnica. Además, se descubrió que la norma estadounidense no habría hecho imposible adaptar el atún mexicano al sello, solo proporcionó limitaciones a la técnica de pesca que estaba siendo utilizada y podría ser reemplazada.

7.377 En el presente caso, me parece que las medidas en cuestión, al aplicar el mismo requisito de origen neutral a todos los productos de atún, no discriminan intrínsecamente sobre la base del origen de los productos y que tampoco es imposible que el atún mexicano cumpla este requisito.

7.378 En cambio, sobre la base de la evidencia que se nos presenta en este caso, me parece que el impacto de las disposiciones de los Estados Unidos sobre los delfines en diferentes operadores de mercado y en productos de atún de diversos orígenes depende de una serie de factores que no son relacionado con la nacionalidad del producto, pero con las prácticas de pesca y compra, ubicación geográfica, integración relativa de diferentes segmentos de producción y opciones económicas y de comercialización. En este contexto, el impacto adverso particular de los productos de atún mexicanos en el mercado de los Estados Unidos es, en nuestra opinión, principalmente el resultado de “factores o circunstancias no relacionadas con el origen extranjero del producto”, incluidas las elecciones realizadas por México y conservas (WTO, 2019b, p. 206).

Sujeto a análisis de las circunstancias indicadas, el Grupo Especial opinó que la medida de los Estados Unidos era incompatible con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos. Desde el Norte, sobre la no imposición de obstáculos innecesarios al comercio, el Panel entendió que el reglamento técnico estadounidense estaba, de hecho, en violación del art. 2.2 del Acuerdo de Obstáculos Técnicos.

Para esta decisión, se examinó si el reglamento técnico logró un objetivo legítimo y si el obstáculo establecido no sería más restrictivo de lo necesario para lograr el objetivo previsto, teniendo en cuenta el riesgo que crearía el incumplimiento del requisito (WTO, 2019b).

Los objetivos legítimos señalados por los Estados Unidos y citados en el Informe del Panel fueron: (i) asegurar que los consumidores tengan claro

el producto que están comprando y que estén informados sobre la protección de los delfines cuando pescan atún; (ii) contribuir para la protección de los delfines asegurando que el Estado de los EE. UU no fomente la pesca de atún sin el debido cuidado de los delfines (WTO, 2019b).

En cuanto a que el obstáculo técnico no es más restrictivo de que lo necesario, el país estadounidense afirmó (y siguió el informe del Panel) que la pregunta debería analizarse a la luz del hecho de que no había otra forma de lograr los objetivos anteriores que fuera significativamente menos onerosa (WTO, 2019b).

Sin embargo, para México, una forma menos onerosa y más razonable sería permitir el uso del sello *Dolphin Safe* disciplinado en el Acuerdo Internacional para la Conservación de los Delfines. México argumentó que el objetivo se lograría ya que los consumidores estaban siendo informados sobre la seguridad de los delfines de una manera menos perjudicial y menos onerosa, según lo informado por el Grupo Especial (WTO, 2019b).

Basado en alegaciones anteriores, el Panel concluyó que la norma de los EE. UU. contenía una restricción más allá de lo que era necesario (aunque proporcionaba protección para los delfines), ya que las disposiciones del acuerdo internacional de uso del sello eran eficientes y también cumplían los objetivos de proteger a los delfines. Además, en el reclamo de Estados Unidos de restringir el uso de la técnica *Setting On Dolphins*, se consideró más restrictivo de lo necesario por la ausencia de pruebas de los efectos generados en los delfines y la diferencia en estos efectos cuando se utilizó la misma técnica fuera del *ETP* (WTO, 2019b).

El último punto que el Panel consideró fue el cumplimiento del principio de armonización establecido en el Artículo 2.4 del Acuerdo de Obstáculos Técnicos. Mientras que México afirmaba que las medidas de Estados para la certificación *Dolphin Safe* no se basaban en la norma internacional relevante existente (acuerdo *AIDCP*), Los Estados Unidos defendían el hecho de que el *AIDCP* no establecía una norma relevante. Además, declaró que las definiciones de seguridad respecto a los delfines, del acuerdo mencionado anteriormente, no alcanzan los objetivos estadounidenses, según lo informado por el Grupo Especial (WTO, 2019b).

Para abordar esta cuestión, el Panel informó sobre los objetivos de la *AIDCP*:

1. Reducir progresivamente la mortalidad incidental de delfines en las pesquerías de atún en el área del contrato a niveles cercanos a cero mediante el establecimiento de límites anuales;

2. Para que elimine la mortalidad de delfines en esta pesquería, busque medios ecológicamente saludables para capturar atunes grandes que no estén asociados con delfines; y,
3. Con el fin de garantizar la sostenibilidad a largo plazo de las poblaciones de atunes en el área en cuestión, así como los recursos marinos relacionados con esta pesquería, teniendo en cuenta la interrelación entre especies en el ecosistema, con particular énfasis, entre otras cosas, en evitar, reducir y minimizar las capturas accesorias y los descartes de atunes juveniles y especies recogidas accidentalmente (WTO, 2019b, p. 278).

Independientemente de los objetivos legítimos del *AIDCP*, el Grupo Especial concluyó que tales pronósticos no cumplirían completamente con la intención de los Estados Unidos de informar a los consumidores que no se habían producido efectos adversos para los delfines durante la pesca de atún, ya que el sello del acuerdo internacional buscaba solo eliminar la muerte de los mamíferos (WTO, 2019c). Por lo tanto, para el Grupo Especial, los Estados Unidos no actuaron de manera incompatible con el artículo 2.4 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos. En vista de todos los puntos considerados, el Panel, al concluir su informe, recomendó la siguiente decisión:

VIII. DECISIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 A la luz de las conclusiones anteriores, el Grupo Especial concluye que las disposiciones del delfin de los Estados Unidos:

- (A) No es incompatible con el artículo 2.1 del Acuerdo ABTC;
- (B) son inconsistentes con el Artículo 2.2 del Acuerdo ABTC porque son más restrictivos al comercio de lo que es necesario para lograr un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía el incumplimiento;
- (C) no son incompatibles con el artículo 2.4 del Acuerdo ABTC (WTO, 2019b, p. 292).

El Órgano de Apelación, si bien, no aceptó estas opiniones en su totalidad, y en su informe así lo decidieron:

X. Conclusiones

Por las razones expuestas en este informe, el Órgano de Apelación:

- (A) observa que el Grupo Especial no incurrió en error al caracterizar la medida en cuestión como un Reglamento técnico en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo ABTC;
- (B) observa que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la frase “trato no menos favorable” En el artículo 2.1 del Acuerdo ABTC; Invierte la conclusión del Panel en párrafos 7.374 e 8.1 (a), que las disposiciones de etiquetado *dolphin safe* de los Estados Unidos no son incompatibles con el Artículo 2.1 del Acuerdo ABTC; y considera, en cambio, que las disposiciones de etiquetado *dolphin*

safe de los Estados Unidos son incompatibles con el artículo 2.1 del Acuerdo ABTC; (C) observa que el Grupo Especial incurrió en error al concluir, en los párrafos 7.620 y 8.1 (b), que demostró que la medida en cuestión es más restrictiva que lo necesario para cumplir los objetivos legítimos de los Estados Unidos, teniendo en cuenta los riesgos que la falta de cumplimiento crearía. Por lo tanto, revierte la constatación del Grupo Especial de que la medida en cuestión es incompatible con el artículo 2.2 del Acuerdo ABTC (WTO, 2019c, p. 151-152).

Respecto a las alegaciones de México, el Órgano de Apelación destacó:

(D) rechaza la afirmación de México de que el Grupo Especial incurrió en error al considerar que el objetivo de los Estados Unidos de “contribuir para la protección de los delfines asegurándose de que el mercado de los Estados Unidos no se utiliza para alentar a las flotas pesqueras a capturar atún de una manera en detrimento de los delfines “es un objetivo legítimo en el sentido del Artículo 2.2 del Acuerdo ABTC; (E) rechaza la solicitud de México de considerar que la medida en cuestión es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo ABTC sobre la base de la conclusión del Panel que la medida no cumplió plenamente sus objetivos (WTO, 2019c, p. 151-152).

Al fin y al cabo, el hecho de que la certificación Dolphin Safe de AIDCP constituye un estándar internacional y es incompatible con el Acuerdo ABTC:

(F) revierte la conclusión del Panel en el párrafo 7.707 de que la definición y certificación de *Dolphin Safe* de AIDCP constituye una norma internacional relevante en el sentido del Artículo 2.4 del Acuerdo ABTC. A la luz de esta conclusión, se mantiene la conclusión del Grupo Especial en el párrafo 8.1 (c) de que la medida en cuestión no es incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo ABTC; y (G) observa que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al decidir ejercer la *judicial economy* respecto a las solicitudes de México en virtud de los artículos I:1 y III:4 do GATT de 1994 (WTO, 2019c, p. 151-152).

En cuanto al Órgano de Apelación, la norma de los Estados Unidos constituía un reglamento técnico (OMC, 2019c, 80). Sin embargo, en la interpretación del trato menos favorable del Artículo 2.1 del Acuerdo OTC, el Órgano de Apelación sostuvo que la norma de los Estados Unidos es inconsistente en que restringe el acceso al atún mexicano al alterar las condiciones de competencia en el mercado de los Estados Unidos, lo que le da a México un trato menos favorable. En comparación con los productos mexicanos y originales de otros países miembros. Además, habría discriminado contra la pesca de atún en *ETP* y en otras áreas alrededor del mundo, como sigue:

A la luz de las conclusiones fácticas e indiscutibles formuladas por el Grupo Especial, consideramos que México ha establecido indicios *prima facie* de que las disposiciones de etiquetado *dolphin safe* modifican las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos y no son igualitario como abordan los riesgos para los delfines derivados de diferentes técnicas de pesca en diferentes áreas del océano.

[...] En nuestra opinión, por lo tanto, los Estados Unidos no han justificado como no discriminatorios los diferentes requisitos que se aplican al atún capturado por los delfines que se reproducen dentro de la *ETP* y al atún capturado por otros métodos de pesca fuera de la *ETP* para acceder a la etiqueta estadounidense *Dolphin Safe* Estados Unidos, de conformidad con el artículo 2.1. Por lo tanto, los Estados Unidos no han demostrado que el impacto perjudicial de su medida en los productos de atún mexicanos se derive exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima.

Por estas razones, invocamos la conclusión del Panel en los párrafos 7.374 y 8.1 (a) de que las disposiciones de etiquetado de *Dolphin Safe* de los Estados Unidos no son incompatibles con el Artículo 2.1 del Acuerdo ABTC. En cambio, creemos que las disposiciones de etiquetado de *Dolphin Safe* brindan un “trato menos favorable” para los productos de atún mexicanos que el otorgado a los productos de atún de Estados Unidos y los productos de atún originados en otros países y, por lo tanto, son incompatibles con el artículo 2.1 del Acuerdo ABTC (WTO, 2019c, p. 114-115).

Una vez más, contrariamente a lo que entiende el Grupo Especial, el Órgano de Apelación examinó el del artículo 2.2 el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos. Para el Órgano de Apelación, el estándar de los Estados Unidos no es más restrictivo de lo necesario, ya que pretende informar al consumidor de cualquier daño sufrido por los delfines y no solo por su mortalidad (que está protegida por el acuerdo internacional). Por lo tanto, se entendió que el objetivo de los Estados Unidos no se lograría de la misma manera solo con las limitaciones del *AIDCP* (WTO, 2019c).

Finalmente, en el análisis de 2.4 del Acuerdo de Obstáculos Técnicos, la decisión del panel se reformó nuevamente. Para el Órgano de Apelación, entre otras razones, el APICD no es una norma internacional relevante porque, para ser internacional, no solo es necesario que el acuerdo sea abierto (participación libre), sino también que todas las fases de desarrollo sean abiertas. Es importante señalar que dicha interpretación fue dada por el Comité del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos (WTO, 2019a p. 142). Por lo tanto, no es necesario hablar de una incompatibilidad con una norma internacional, por lo que se mantiene la decisión sobre la no inconsistencia de la medida.

A la luz de la decisión tomada por los miembros, se determinó que los Estados Unidos harían su reglamento técnico compatible con

las disposiciones del Acuerdo de Obstáculos Técnicos. Sucede que México todavía sigue buscando tal ajuste, puesto que ya ha solicitado un Compliance Panel en 2015 y autorización para tomar represalias al país estadounidense en 2016.

CONCLUSIONES

El derecho ambiental internacional, un proceso típico de globalización legal, ha resultado de los excesos de la sociedad de consumo. Por lo tanto, la ley ambiental protectora de la ley animal, creada alrededor de los años de 1960 y 1970, trajo un proceso multifacético y se vio envuelta en la maraña legal del derecho comercial internacional. Diferente no sucedió con el etiquetado *Dolphin Safe*. La tensa conexión entre los intereses de la industria atunera y las medidas que permitieron la protección del delfín, acompañada por organizaciones no gubernamentales (ONG) ambientales y organizaciones de consumidores, hizo de este tema uno de los más complejos de la OMC.

Después que los grandes procesadores de atún sucumbieran a la presión de las ONG y se alinearan con objetivo de obtener la certificación *Dolphin Safe*, llegó el turno de los atunes mexicanos a que fuesen alcanzados por la ley ambiental. Mientras que la industria atunera de los Estados Unidos estaba haciendo esfuerzos para reducir la ventaja competitiva del país vecino, México buscaba soluciones para superar los mandatos de regulación ambiental. Bajo tal signo, las decisiones de la OMC terminaron con la elección de un cambio de equilibrio entre los involucrados, *maxime* en el llamado caso Tuna II.

Con la reforma de la resolución del Órgano de Apelación del Sistema de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio, la única inconsistencia encontrada en la medida de los Estados Unidos fue el trato menos favorable aplicado al atún mexicano comparado con el atún estadounidense y de los demás países miembros. Por lo tanto, a través de la decisión final bajo la pauta de cumplimiento de las normas de la OMC sobre barreras técnicas no arancelarias y desde el punto de vista de condiciones justas de competencia en el comercio internacional, se tiene que, de hecho, ha juzgado consistentemente el órgano de apelación.

Aunque las restricciones de EE. UU. No abordaron directamente los obstáculos técnicos en el proceso de importación, y México puede exportar atún sin el sello *Dolphin Safe* a los EE. UU., se confirma que

dicha restricción ha traído un tratamiento diferente y desfavorable al país mexicano, ya que, al restringir el uso del sello con reglas desproporcionadas y discriminatorias (la pesca en el área *ETP*), restringió el acceso del atún mexicano al mercado estadounidense, cambiando las condiciones de la competencia.

Esto se debe a que la comunidad sabe, como se explicó anteriormente, que el atún que no usa el sello de protección para los delfines sufre un gran rechazo por parte del consumidor estadounidense. Se concluye con el acuerdo de la decisión que se basó en la preocupación económica de los reflejos de la medida que se utilizó de la certificación para imponer una medida proteccionista de la industria nacional estadounidense, lo que genera una competencia desleal.

Con esto, la OMC ha establecido un nuevo equilibrio de poder entre reclamaciones ambientales, legislación animal, normas comerciales e intereses nacionales, dado que resultó imposible ofrecer una alternativa que satisfaga simultáneamente los intereses de la industria atunera de los Estados Unidos de la industria atunera mexicana, las ONG y, ¿Por qué no decir, los propios animales que aparecieron como sujetos no legitimados para ofrecer sus razones? Bajo tal realidad, los fundamentos de las decisiones de la OMC reflejan el estado de la técnica cuando la discusión se refiere a la adaptación de la ley de comercio internacional frente a los requisitos de conservación animal.

REFERENCIAS

IATTC – INTER-AMERICAN TROPICAL TUNA COMMISSION. *Agreement on the International Dolphin Conservation Program (AIDCP)*. La Jolla: IATTC, 2005. Disponible en: <<https://www.iattc.org/PDFFiles2/AIDCP-Dolphin-Safe-certification-system-REV-Oct2005.pdf>>. Acceso en: 11 de abril de 2019.

NETO, O. C. S. Liberação do comércio e outros valores. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, P. (Coords.). *Comércio internacional e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2006. p. 87-113.

OLIVEIRA, S. M. *Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SYKES, A. O. Regulatory consistency requirements in international trade. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, n. 502, 18 jan. 2017.

Disponibile en: <<https://ssrn.com/abstract=2901653>>. Acceso en: 12 de noviembre de 2017.

WTO – WORLD TRADE ORGANIZATION) *Agreement on technical barriers to trade*. Disponible en: <<http://www.worldtradelaw.net/uragreements/tbtagreement.pdf.download#page=1>>. Acceso en: 15 de abril de 2019a.

_____. *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products – US TUNA II* (Relatório do Grupo Especial 381 de 2013). Disponible en: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm#collapseA>. Acceso en: 10 de abril de 2019b.

_____. *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products – US TUNA II* (Relatório do órgão de apelação 381 de 2015). Disponible en: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm#collapseA>. Acceso en: 11 de abril de 2019c.

_____. *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products – US TUNA I* (Relatório do órgão especial DS21/R de 1991). Disponible en: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/91tuna.pdf>. Acceso en: 24 de abril de 2019d.

Artículo recibido en: 05/05/2019.

Artículo aceptado en: 13/06/2019.

Cómo citar este artículo (ABNT):

STELZER, J.; GONÇALVES, E. N.; WIEIRA, K. Comprensión de la OMC sobre la certificación 'Dolphin Safe' en la pesca de atún: el caso US Tuna II. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 247-270, maio/ago. 2019. Disponible en: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1535>>. Acceso en: día de mes de año.