

ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO

WT/DS18/AB/R
20 de octubre de 1998
(98-4035)

Original: inglés

AUSTRALIA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA
IMPORTACIÓN DE SALMÓN

AB-1998-5

Informe del Órgano de Apelación

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. Introducción	1
II. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes.....	5
A. Apelante – Australia	5
1. Mandato.....	5
2. Carga de la prueba	6
3. Evaluación objetiva del asunto	7
4. Otras cuestiones de procedimiento	7
5. Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF	9
6. Párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF	9
7. Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF	12
B. Canadá – Apelado	12
1. Mandato.....	12
2. Carga de la prueba	13
3. Evaluación objetiva del asunto	14
4. Otras cuestiones de procedimiento	14
5. Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF	15
6. Párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF	15
7. Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF	17
C. Apelante – Canadá	18
1. Productos abarcados	18
2. Párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF	19
D. Australia – Apelado	20
1. Productos abarcados	20
2. Párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF	20
E. Argumentos de los terceros participantes.....	21
1. Comunidades Europeas.....	21
2. India	23
3. Noruega	24
4. Estados Unidos	26
III. Cuestiones planteadas en esta apelación	27

	<u>Página</u>
IV. Mandato	28
A. La medida y el producto en cuestión	28
B. Artículo 6 del Acuerdo MSF	35
V. El Acuerdo MSF	37
A. Observación preliminar	37
B. Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF	38
C. Párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF	49
1. Primer elemento del párrafo 5 del artículo 5	50
2. Segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5	54
3. Tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5	56
D. Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF	63
E. Los párrafos 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF en relación con otras clases de salmón canadiense.....	73
1. El principio de economía procesal	75
2. Párrafo 5 del artículo 5.....	77
3. Párrafo 6 del artículo 5.....	82
F. Párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF	82
VI. Cuestiones de procedimiento.....	86
A. Carga de la prueba	86
B. Evaluación objetiva del asunto	88
C. Admisión y examen de determinadas pruebas	91
D. Derecho de respuesta	92
VII. Constataciones y conclusiones	94

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón

Apelante/Apelado: Australia

Apelante/Apelado: Canadá

Terceros participantes: las Comunidades Europeas, la India, Noruega y los Estados Unidos

AB-1998-5

Actuantes:

Ehlermann, Presidente de la Sección

Beeby, Miembro

El-Naggar, Miembro

I. Introducción

1. Australia y el Canadá apelan contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial que examinó el asunto Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón.¹ El Grupo Especial fue establecido para examinar una reclamación presentada por el Canadá respecto de la prohibición impuesta por Australia de la importación de salmón fresco, refrigerado o congelado procedente del Canadá en virtud de la Proclamación de Cuarentena N° 86A ("QP86A")², de fecha 19 de febrero de 1975, y las enmiendas o modificaciones de la misma.

2. Con anterioridad a la promulgación de la QP86A, el 30 de junio de 1975, Australia no imponía ninguna restricción a la importación de productos de salmónidos. La QP86A "prohíbe la importación en Australia de pescado muerto del suborden Salmonidae o de cualquier parte (distinta del semen o las huevas) de pescados de ese suborden, en cualquier forma, a menos que: con anterioridad a su importación en Australia el pescado o las partes de pescado hayan sido sometidos a un tratamiento que, en opinión del Director de Cuarentena, evite probablemente la introducción de cualquier enfermedad infecciosa o contagiosa, o de enfermedades o plagas que afecten a las personas, los animales o las plantas". De conformidad con la QP86A y en ejercicio de las facultades que en él se han delegado, el Director de Cuarentena autorizó la entrada de importaciones comerciales de productos de salmón termotratados para consumo humano, así como

¹ WT/DS18/R, 12 de junio de 1998.

² Proclamación de Cuarentena N° 86A, Gaceta del Gobierno de Australia, N° S33, de 21 de febrero de 1975.

de otras importaciones de salmón con fines no comerciales (fundamentalmente científicos), con sujeción a las condiciones prescritas.³ El Canadá solicitó el acceso al mercado australiano para el salmón fresco, refrigerado o congelado, sin cocer. Australia realizó un análisis de los riesgos de las importaciones del producto de salmónido del Pacífico adulto, capturado en el océano, sin cocer ("salmón del Pacífico capturado en el océano"). Esta categoría de salmón ha de distinguirse de las otras categorías de salmón para las cuales el Canadá solicita el acceso al mercado australiano ("otro salmón canadiense").⁴ El análisis del riesgo realizado con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano figuró por primera vez en el Informe provisional de 1995⁵, revisado en mayo de 1996⁶ y finalizado en diciembre de 1996 (el "Informe final de 1996").⁷ El Informe final llegó a la conclusión de que:

... se recomienda que se mantengan las medidas de cuarentena actualmente aplicables a los productos de salmón sin cocer.⁸

³ Informe del Grupo Especial, párrafo 2.16. Con respecto a las prescripciones establecidas por el Director de Cuarentena en relación con las importaciones de salmón, el Grupo Especial se remite explícitamente a, entre otras, las siguientes disposiciones:

- Guidelines for the Importation of Smoked Salmon and Trout into Australia (Directrices para la importación de trucha y salmón ahumados en Australia), Chief Quarantine Officer (Animals) Circular Memorandum 82/83, de fecha 25 de julio de 1983 (las "Directrices de 1983").
- Conditions for the Importation of Salmonid Meat and Roe into Australia (Condiciones para la importación de carne y huevos de salmónidos en Australia), Chief Quarantine Officer (Animals) Circular Memorandum 166/88, de fecha 9 de junio de 1988 (las "Condiciones de 1988").
- Requirements for the Importation of Individual Consignments of Smoked Salmonid Meat (Prescripciones para la importación por particulares de cantidades de carne de salmónido ahumada), Quarantine Operational Notice 1996/022 del Servicio Australiano de Cuarentena e Inspección ("AQIS"), de fecha 24 de enero de 1996 (las "Prescripciones de 1996").

⁴ Es decir, salmón del Pacífico, adulto, capturado en aguas dulces; salmón del Pacífico, adulto, criado en agua de mar en la costa del Pacífico; salmón del Atlántico, adulto, criado en agua de mar en la costa del Pacífico; y salmón del Atlántico, adulto, criado en agua de mar en la costa del Atlántico.

⁵ AQIS, Import Risk Analysis, Disease risks associated with the importation of uncooked, wild, ocean-caught Pacific salmon product from the USA and Canada, Proyecto, mayo de 1995.

⁶ AQIS, An assessment by the Australian Government of quarantine controls on uncooked, wild, ocean-caught Pacific salmonid product sourced from the United States of America and Canada, Proyecto revisado, mayo de 1996.

⁷ Departamento de Industrias Primarias y Energía, Salmon Import Risk Analysis: An assessment by the Australian Government of quarantine controls on uncooked, wild, adult, ocean-caught Pacific salmonid product sourced from the United States of America and Canada, Informe final, diciembre de 1996.

⁸ Informe final de 1996, página 70.

El 13 de diciembre de 1996 el Director de Cuarentena, sobre la base del Informe final de 1996, decidió que:

... teniendo en cuenta la política del Gobierno australiano en materia de cuarentena, así como las obligaciones internacionales contraídas por Australia, no se autoricen, por razones de cuarentena, las importaciones de productos de salmónidos del Pacífico, adultos, capturados en el océano, sin cocer, procedentes del arco del Pacífico de América del Norte.⁹

Los aspectos fácticos pertinentes de esta diferencia se explican con más detalle en el informe del Grupo Especial, en particular en los párrafos 2.1 a 2.30, así como en los párrafos 6.1 a 6.157 y el anexo 2, que tratan de la consulta del Grupo Especial con los expertos científicos.

3. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (la "OMC") el 12 de junio de 1998. El Grupo Especial concluyó que Australia ha actuado de forma incompatible con los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5 y, por consecuencia, con los párrafos 2 y 3 del artículo 2 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ("Acuerdo MSF"). En el párrafo 9.1 de su informe, el Grupo Especial llegó a las siguientes conclusiones:

i) Australia, al mantener una medida sanitaria que no se basa en una evaluación del riesgo, ha actuado (tanto en el grado en que esa medida se aplica a los productos en litigio de salmón del Pacífico adulto capturado en el océano, como en cuanto se aplica a las demás categorías de productos de salmón objeto de la diferencia) de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y, por esa razón, ha actuado asimismo de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 de dicho Acuerdo;

ii) Australia, al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que considera adecuados en diferentes situaciones (de un lado, los productos en cuestión de salmón del Pacífico adulto capturado en el océano, y el arenque congelado entero para ser utilizado como cebo y, de otro, los peces ornamentales vivos) que tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, ha actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y, por esa razón, ha actuado, asimismo, de forma

⁹ AQIS, File Note by Paul Hickey, Director Ejecutivo, 13 de diciembre de 1996 (la "Decisión de 1996").

incompatible con las prescripciones del párrafo 3 del artículo 2 de dicho Acuerdo;

iii) Australia, al mantener una medida sanitaria (con respecto a los productos de salmón del Pacífico adulto capturado en el océano en litigio) que entraña un grado de restricción mayor que el necesario para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria, ha actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Dado que, según el párrafo 8 del artículo 3 del ESD "en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo", llegamos a la conclusión de que, en la medida en que Australia ha actuado de forma incompatible con el Acuerdo MSF, ha anulado o menoscabado ventajas derivadas para el Canadá del Acuerdo MSF.

En el párrafo 9.2 de su informe, el Grupo Especial hizo la siguiente recomendación:

Recomendamos que el Órgano de Solución de Diferencias solicite a Australia que ponga la medida objeto de la diferencia aplicada por ese país en conformidad con las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

4. El 22 de julio de 1998, Australia notificó al Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") su decisión de apelar contra determinadas cuestiones de derecho comprendidas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas desarrolladas por el Grupo Especial, al amparo del párrafo 4 del artículo 16 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el "ESD"), y presentó un anuncio de apelación¹⁰ al Órgano de Apelación de conformidad con la regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación (los "Procedimientos de trabajo"). El 3 de agosto de 1998, Australia presentó una comunicación de apelante.¹¹ El 6 de agosto de 1998, el Canadá presentó una comunicación de apelante.¹² El 14 de agosto de 1998, Australia¹³ y el Canadá¹⁴ presentaron sus respectivas comunicaciones de apelado. El mismo día, las Comunidades Europeas, la India,

¹⁰ WT/DS18/5, de 22 de julio de 1998.

¹¹ De conformidad con el párrafo 1) de la regla 21 de los Procedimientos de trabajo.

¹² De conformidad con el párrafo 1) de la regla 23 de los Procedimientos de trabajo.

¹³ De conformidad con la regla 22 de los Procedimientos de trabajo.

¹⁴ De conformidad con el párrafo 3) de la regla 23 de los Procedimientos de trabajo.

Noruega y los Estados Unidos presentaron sus respectivas comunicaciones de terceros participantes.¹⁵

5. Los días 21 y 22 de agosto de 1998 se celebró la audiencia. Los participantes y los terceros participantes presentaron oralmente sus argumentos y respondieron a las preguntas que les formularon los Miembros de la Sección que conocía de esta apelación.

II. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes

A. Apelante - Australia

1. Mandato

6. Australia sostiene que en cuanto la solicitud de establecimiento de un grupo especial no contenía ninguna información sobre las medidas concretas que podrían estar en juego, aparte de una alegación general de que las medidas incluyen la QP86A, Australia no tenía conocimiento de las alegaciones concretas de hecho con respecto a la identificación de las medidas en cuestión. Dado que la QP86A abarca todos los productos de salmónidos, incluidos el salmón y la trucha vivos, frescos, refrigerados, congelados, ahumados y enlatados, la solicitud del establecimiento del grupo especial no indicaba las medidas concretas que podrían estar en juego. Según Australia, el Canadá "no aclaró" la medida en cuestión en su primera comunicación escrita, mientras que Australia sí lo hizo, al oponerse a la reclamación del Canadá con respecto a la medida, y al afirmar que la medida en cuestión es la Decisión de diciembre de 1996 del Director de Cuarentena. Dado que las diferencias entre las partes con respecto a este asunto eran evidentes desde el principio, Australia considera que el mandato del Grupo Especial le exigía examinar en primer lugar las alegaciones en conflicto con respecto a los hechos, que de lo contrario podrían dar lugar a presunciones fácticas erróneas.

7. Desde un punto de vista más sustantivo, Australia alega que el Grupo Especial se excedió de su mandato con respecto "tanto al producto abarcado como a las medidas de cuarentena aplicables sometidas a examen". Australia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al extender su mandato más allá de una medida sanitaria y fitosanitaria ("MSF") que resultaba aplicable al salmón fresco, refrigerado o congelado para incluir el termotratamiento, una MSF que se aplica solamente al salmón ahumado. Australia alega que el Grupo Especial demostró una

¹⁵ De conformidad con la regla 24 de los Procedimientos de trabajo.

"lógica notablemente defectuosa" al describir una medida de cuarentena aplicable al salmón ahumado como el aspecto sanitario de una medida comercial aplicable al salmón fresco, refrigerado o congelado ("la otra cara de una misma moneda"). Según Australia, no es consecuencia de la prescripción de que el salmón ahumado sea termotratado que se prohíban las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado. Australia subraya que el salmón ahumado y el salmón fresco, refrigerado o congelado son productos diferentes y que las medidas de cuarentena aplicables a cada uno de ellos no constituyen dos caras de la misma moneda.

8. Australia sostiene además que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al incluir entre los productos comprendidos, como lo indica su mandato, los productos de salmónidos termotratados. Australia admite que, si bien el Grupo Especial declaró expresamente que los productos termotratados quedaban fuera del alcance de esta diferencia, en el momento en que examinó la compatibilidad de la medida con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 [del Acuerdo MSF] parece haber decidido que su mandato abarcaba todas las formas de productos de salmón elaborado a partir del producto "inicial", es decir, el salmón fresco. Como lo confirmaron los expertos que asesoran al Grupo Especial, el salmón fresco, refrigerado o congelado no es el mismo producto que el salmón termotratado (ahumado). Estos productos entran en Australia incluidos en distintas clasificaciones arancelarias. Aunque el título de las Condiciones de 1988 - "Condiciones para la importación de carne y huevas de salmónidos en Australia"- es "superficialmente amplio", Australia afirma que las disposiciones sustantivas de las Condiciones de 1988 relativas al termotratamiento están "claramente más centradas" en los productos que abarcan y se aplican sólo al salmón ahumado y las huevas de salmón. Según Australia así lo demostraban las pruebas fácticas que tenía ante sí el Grupo Especial.

9. Australia también alega que el Grupo Especial se excedió de su mandato al extender el alcance de su examen del artículo 5 del Acuerdo MSF e incluir el artículo 6 del mismo Acuerdo. Australia aduce que el Grupo Especial formuló una "duda" sobre el "rigor" del régimen australiano respecto de los controles internos de la circulación de productos de salmón basándose en una "remisión desconectada" al artículo 6. Según Australia, esto sugiere que la "duda" del Grupo Especial estaba basada en una constatación implícita de incompatibilidad con el artículo 6, disposición que no estaba incluida en el mandato del Grupo Especial.

2. Carga de la prueba

10. Australia sostiene que el Grupo Especial no evaluó correctamente, al considerar las pruebas que tenía ante sí, si el Canadá había satisfecho su carga de la prueba en relación con los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. En particular, Australia afirma que el Canadá no estableció una presunción prima facie con respecto a las siguientes reclamaciones: que la MSF en cuestión no se basa en una evaluación del riesgo; que las diferentes situaciones que el Grupo Especial examinaba son comparables sobre una base científica; que la MSF es injustificada; que existe una relación de causalidad entre la distinción arbitraria o injustificable en los niveles de protección sanitaria y la resultante discriminación o restricción encubierta del comercio internacional; que existen medidas alternativas disponibles que son económica y técnicamente viables; y que por lo menos una de estas medidas alternativas podría conseguir el nivel adecuado de protección de Australia.

11. Australia alega que el Grupo Especial no exigió datos científicos directamente pertinentes en apoyo de las afirmaciones canadienses y que, por lo tanto, creó un desequilibrio en las normas probatorias exigidas al reclamante y al demandado. Según Australia, si bien el Grupo Especial adoptó "superficialmente" el enfoque interpretativo que había adoptado el Órgano de Apelación en el asunto CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas) ("Comunidades Europeas - Hormonas")¹⁶, no siguió la orientación que proporcionan con respecto a la interpretación de los informes de los Grupos Especiales que trataron el mismo asunto.¹⁷ Mantuvo un enfoque conceptual con respecto al Acuerdo MSF, que sigue el modelo del artículo III y el artículo XX del GATT de 1994, con respecto a sus interpretaciones de las disposiciones de los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5 y, por asociación, los párrafos 2 y 3 del artículo 2, incluso en la forma de asignar la carga de la prueba.

3. Evaluación objetiva del asunto

12. Australia afirma que un corolario de la prescripción de que debe formularse una presunción prima facie y de que el Grupo Especial no debe emprender un examen de novo es que el Grupo Especial debería acordar la debida deferencia a ciertas cuestiones de hecho presentadas por las partes en una diferencia. El Grupo Especial está obligado, en virtud de la jurisprudencia de la OMC y de las normas del derecho consuetudinario internacional, a dar la debida deferencia a determinadas pruebas que le presentó Australia. El incumplimiento de esta obligación por parte del Grupo Especial, según Australia, es evidente por la forma en que ha encarado la determinación

¹⁶ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R.

¹⁷ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/R/USA y WT/DS48/R/CAN.

de Australia de su nivel adecuado de protección, la caracterización por Australia de la situación jurídica y la aplicación de sus propias medidas sanitarias y fitosanitarias, así como las prácticas y procesos australianos en materia de evaluación del riesgo, incluido el papel de los proyectos de informes y recomendaciones como parte de la fase de la comunicación de los riesgos.

13. Según Australia, el Grupo Especial hizo caso omiso, parcial o totalmente, de las pruebas pertinentes que se le habían presentado, o desnaturalizó las pruebas en una forma que iba más allá de la mera cuestión relativa al peso que atribuía a las mismas, pero que además constituía un error conspicuo, equivalente a un error de derecho.

4. Otras cuestiones de procedimiento

14. El Grupo Especial hizo saber a Australia y al Canadá que todas las pruebas debían presentarse para el 7 de octubre de 1997. Según Australia, el Grupo Especial incurrió en un error de derecho al permitir al Canadá que presentara testimonios de carácter científico hasta el 5 de febrero de 1998 y apoyarse en parte de ellos para formular sus constataciones. Estos testimonios incluyen, en particular, dos versiones de un análisis de los riesgos de las importaciones preparado por David Vose. Australia alega además que el Grupo Especial consideró testimonios relativos al efecto del tratamiento térmico con la gama inferior de temperaturas sobre el desarrollo de agentes patógenos, testimonios a los que el Canadá hizo referencia en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial, pero que nunca presentó.

15. Australia afirma que en la segunda reunión sustantiva el Grupo Especial le denegó el derecho de presentar una réplica formal por escrito a la declaración oral del Canadá en la que se planteaban muchos "asuntos nuevos". El plazo de una semana que se le concedió para presentar una observación escrita y circunscrita a asuntos concretos no era suficiente para tratar íntegramente las cuestiones de fondo planteadas en esa declaración, de conformidad con los plazos previstos en los Procedimientos de trabajo contenidos en el Apéndice 3 del ESD.

5. Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF

16. Australia alega que la constatación del Grupo Especial de una violación del párrafo 1 del artículo 5 adolece de deficiencias fundamentales pues se basa en la falta de una evaluación del riesgo con respecto a la prescripción de tratamiento térmico, medida que no tiene ninguna aplicación a los productos que son objeto de la diferencia, y por lo tanto que no está comprendida en el mandato del Grupo Especial.

17. Australia alega que el Grupo Especial no interpretó la prescripción en el sentido de que una medida debe basarse en una evaluación del riesgo de conformidad con el sentido corriente y en el contexto adecuado del término "riesgo". El término "riesgo" debe interpretarse en el sentido que se le da en la definición de términos del Anexo A del Acuerdo MSF, como lo interpretó el Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas. En el asunto concreto sometido al Grupo Especial, Australia postula que el "riesgo" que ha de evaluarse es el riesgo de las posibles consecuencias biológicas y económicas para las poblaciones de salmónidos de Australia, resultantes de la entrada o radicación de enfermedades asociadas con los productos en cuestión.

18. Australia aduce que el Grupo Especial tampoco interpretó las obligaciones dimanantes del párrafo 1 del artículo 5 en su contexto adecuado, incluidos el párrafo 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF. El párrafo 2 del artículo 5 dispone lo siguiente: "Al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta ... los procesos y métodos de producción pertinentes ...". Evidentemente, un método de proceso solamente es "pertinente" si se utiliza efectivamente en la producción del producto que ha de ser importado en forma fresca, refrigerada o congelada. Es decir, si un método de proceso abarcado en una "medida" no constituye un método de proceso aplicable al salmón fresco, refrigerado o congelado, no existe ninguna obligación para los Miembros de la OMC de evaluarlo. Según Australia, no hay ningún fundamento en el Acuerdo MSF que permita llegar a la conclusión de que para considerar que una medida está basada en una evaluación del riesgo se requiere que el riesgo sea evaluado en relación con un método de proceso que no tiene ninguna aplicación al producto en cuestión. Sugerir que una evaluación del riesgo en relación con el tratamiento térmico podría servir de base para una prohibición de las importaciones del producto fresco, refrigerado o congelado no solamente constituye un absurdo desde el punto de vista lógico, sino que anularía el significado de la expresión se basen en utilizada en el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

6. Párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF

19. Según Australia, el Grupo Especial atribuyó un significado incorrecto al término "riesgo" al identificar la existencia de "diferentes situaciones" y al constatar la existencia de "distinciones arbitrarias o injustificables" en los niveles de protección aplicados a esas diferentes situaciones. Por lo tanto, el Grupo Especial incurrió en error al confinar su examen de las "diferentes situaciones" al riesgo de introducción de agentes patógenos. Sobre la base de la definición que figura en el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF el "riesgo" que ha de examinarse no es el riesgo de entrada, radicación o propagación o el riesgo de las consecuencias biológicas y

económicas conexas, sino el riesgo de entrada, radicación o propagación de la enfermedad y las consecuencias biológicas y económicas conexas.

20. Según Australia, la declaración del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas sobre la necesidad de que las "diferentes situaciones", a tenor del párrafo 5 del artículo 5, "presenten algún elemento o algunos elementos comunes que sean suficientes para que resulten comparables" no fue aplicada correctamente por el Grupo Especial, dado que esa declaración no debía leerse, como lo hizo el Grupo Especial en este caso, en un sentido tal que sirviera de base para ignorar el texto explícito del Acuerdo MSF. Australia aduce que si se aplica correctamente el párrafo 5 del artículo 5 en el contexto de una simple lectura de los párrafos 1 y 4 del Anexo A, en caso de que el riesgo de entrada, radicación o propagación de una enfermedad y las consecuencias biológicas y económicas conexas sea el mismo o similar al riesgo de 24 enfermedades sería legítimo hacer una comparación. Según Australia, no es necesario tener 24 enfermedades en común; lo fundamental es que los riesgos, tal como se definen en el Acuerdo MSF, sean comparables.

21. Australia también aduce que el Grupo Especial interpretó en forma incorrecta la expresión "entrada, radicación o propagación" como "introducción" en el sentido de "entrada", en contra del texto explícito de los párrafos 1 a 3 del artículo 5 y de los párrafos 1 y 4 del Anexo A del Acuerdo MSF, y de esa manera no ha dado aplicación a todos los términos del tratado. Esto ha llevado al Grupo Especial a incurrir en un grave error de derecho al no haber examinado las consecuencias de la entrada, radicación o propagación de la enfermedad.

22. Conforme a Australia, el Grupo Especial no determinó que había suficientes elementos en común con respecto a las consecuencias biológicas y económicas para las poblaciones de salmónidos de Australia resultantes de las importaciones de especies de salmónidos frente a las resultantes de las importaciones de especies de otros animales acuáticos ampliamente diferentes. El Grupo Especial hizo caso omiso de las pruebas y de la opinión científica porque éstas no tenían cabida en el examen excesivamente simplificado que hacía el Grupo Especial y que no lo llevaban más allá de una "preocupación" por el medio acuático en general y una opinión de que podría haber más riesgos asociados con la importación de especies de no salmónidos que lo que se había entendido anteriormente.

23. Australia afirma que el Grupo Especial, al determinar que su examen de las "distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección que considere adecuados en diferentes

situaciones" debe limitarse exclusivamente a los agentes patógenos detectados positivamente, no interpretó esos términos en su debido contexto. El Grupo Especial menoscabó de esa manera el derecho que corresponde a Australia en el marco de la OMC de adoptar un enfoque cauteloso al determinar su propio nivel adecuado de protección. Por consiguiente, el Grupo Especial no ha respetado las disposiciones del párrafo 2 del artículo 3 ni del párrafo 2 del artículo 19 del ESD.

24. Australia alega que el Grupo Especial utiliza en forma errónea la declaración que consta en el párrafo 215 del informe del Órgano de Apelación Comunidades Europeas - Hormonas para justificar su utilización de las distinciones arbitrarias en los niveles de protección como una "señal de aviso" en el tercer criterio del párrafo 5 del artículo 5. No solamente ha incurrido en un error al utilizar efectivamente este único elemento de tres maneras diferentes en tres de sus "señales de aviso" y "otros factores", sino que ha ido más allá, utilizándolo como una "señal de aviso" de que algo "podría" suceder, y atribuyéndole un peso probatorio mayor e inapropiado al incluirlo entre las señales y los factores que "considerados acumulativamente" crearían una presunción de violación de las disposiciones.

25. Australia afirma que una constatación desfavorable en virtud del párrafo 1 del artículo 5 no proporciona ninguna prueba de que exista una "restricción encubierta del comercio" resultante de distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección con arreglo al párrafo 5 del artículo 5, ni debería suponer o anticipar una constatación en virtud de esta última disposición. Cualquier interpretación de ese tipo negaría la carga de la prueba que corresponde al reclamante de acreditar una presunción con respecto a los tres elementos del párrafo 5 del artículo 5, y no dejaría ningún margen de réplica al demandado. Además, ese tipo de interpretación no daría efecto a todos los términos del tratado, e invalidaría el papel del párrafo 5 del artículo 5 como una obligación adicional a la impuesta por el párrafo 1 del artículo 5.

26. Australia alega que el primero de los "otros factores" citados por el Grupo Especial, cuando se refiere a "dos medidas de aplicación sustancialmente distintas" que entrañan "discriminación" entre productos, se basa en una analogía improcedente con el artículo III del GATT de 1994 y constituye una manifiesta inexactitud de hecho. Además, según Australia, el Grupo Especial incurriría en error si estuviese aplicando una interpretación de discriminación sobre la base del artículo III del GATT de 1994, en lugar de aplicar una interpretación en el sentido del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF, es decir, la discriminación entre distintos Miembros de la OMC o entre Australia y el Canadá en que "[prevalecen] condiciones idénticas o similares".

27. Según Australia, el Grupo Especial describió en forma equivocada la diferencia entre la recomendación del Proyecto de informe de 1995 y la recomendación del Informe final de 1996 como un "cambio", y un "cambio bastante sustancial, de las conclusiones". Además procedió erróneamente al atribuir a un proyecto de recomendación la condición de una MSF y adherirse a la opinión de que la sola forma de justificar una diferencia entre proyectos de recomendación y recomendaciones finales en virtud del Acuerdo MSF es la presentación de nuevos testimonios científicos. En este contexto, el Grupo Especial se negó a considerar las pruebas pertinentes que presentó Australia con respecto a la nueva evaluación de los datos y al papel de los proyectos de informes y recomendaciones como parte de la transparencia de las prácticas y procesos de gobierno. Australia afirma que no existe ninguna disposición sanitaria o fitosanitaria que exija que un Miembro de la OMC aplique proyectos de recomendaciones cuando faltan nuevos testimonios científicos.

28. Australia sostiene que el Grupo Especial incurre en error de derecho al dar a entender que, con respecto a una enfermedad, la necrosis hematopoyética epizoótica ("NHE"), que es una enfermedad endémica en algunas regiones de Australia, pero exótica en otras, la compatibilidad con el párrafo 5 del artículo 5 exige o bien restricciones de la circulación de los productos del salmón dentro de Australia o bien que Australia establezca zonas de importación para dar acceso al Canadá. El Grupo Especial no identificó en el párrafo 5 del artículo 5, ni en ninguna otra parte del Acuerdo MSF, ninguna prescripción jurídica a este respecto, aunque mencionó las disposiciones del artículo 6 en una nota de pie de página. El Grupo Especial no alegó que los controles internos de Australia infringen el párrafo 5 del artículo 5 ni ninguna otra disposición del Acuerdo MSF, pero utilizó esta reclamación como algo que constituía una prueba fáctica de la existencia de una restricción encubierta del comercio, sin proporcionar ningún argumento pertinente en apoyo de esta alegación.

7. Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF

1. Australia alega que el Grupo Especial ha incurrido en error de derecho por la forma en que ha aplicado el criterio de los tres elementos para determinar la incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5. Según Australia, no se presentó ninguna prueba que indicara que el Informe final de 1996 consideraba cuatro opciones alternativas de política de cuarentena como "razonablemente disponibles teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica". El Informe final de 1996 no se ocupaba de esta cuestión, pues llegaba a la conclusión de que las opciones no lograrían el nivel adecuado de protección de Australia.

2. Por otra parte, Australia aduce que el Grupo Especial ha descrito en forma incorrecta la medida que actualmente consigue el nivel adecuado de protección de Australia al determinar que este nivel no puede alcanzarse mediante determinadas condiciones de termotratamiento. El termotratamiento no constituye el nivel de protección para el salmón fresco, refrigerado o congelado. Australia también sostiene que nunca alegó que la diferencia entre las opciones alternativas de política de cuarentena fuese solamente una diferencia mínima, si alguna.

B. Canadá - Apelado

1. Mandato

3. El Canadá postula que la investigación del Grupo Especial no podía limitarse a la Decisión de 1996 del Director de Cuarentena porque ésta tiene un ámbito demasiado estrecho dado que se aplica solamente al salmón del Pacífico capturado en el océano, entra en vigor sólo a partir del 13 de diciembre de 1996 y constituye únicamente uno de los elementos de la medida en cuestión. Las Condiciones de 1988, como lo admite la propia Australia, están comprendidas en el mandato dado que estas Condiciones se pusieron en aplicación de conformidad con la QP86A, instrumento que Australia describe como "el marco jurídico para la facultad de determinar las Condiciones de 1988". Si la Decisión de 1996 fuese la única medida en cuestión, entonces el Grupo Especial habría tenido que constatar la violación por parte de Australia del artículo XI del GATT de 1994.

4. El Canadá alega que Australia tuvo conocimiento en todo momento de los argumentos en su contra, incluso de la medida que estaba siendo impugnada y de las alegaciones de violación que estaba formulando el Canadá con respecto a esa medida. En 1975, el Canadá y Australia habían iniciado conversaciones con respecto a la denegación del acceso al salmón canadiense fresco, refrigerado o congelado por parte de Australia. La solicitud de establecimiento del grupo especial no deja lugar a dudas. Se refiere a las medidas de Australia que prohíben la importación de salmón fresco, refrigerado o congelado y especifica que entre esas medidas figura la QP86A y sus posteriores modificaciones o enmiendas. También la solicitud de celebración de consultas está formulada claramente. En ella se indica que Australia prohíbe la importación de salmón fresco, refrigerado o congelado sin tratar, procedente del Canadá, en virtud de la QP86A, de fecha 19 de febrero de 1975. Por último, en contra de la afirmación de Australia en el sentido de que el Canadá no había proporcionado más aclaraciones con respecto a la medida en cuestión en su primera comunicación, el Canadá identificó dicha medida en la primera página de su comunicación.

5. El Canadá afirma que la argumentación de Australia constituye simplemente un juego semántico. El informe del Grupo Especial no deja lugar a dudas en el sentido de que el Grupo examinó si el salmón canadiense fresco, refrigerado o congelado tenía acceso al mercado australiano. No se le pidió que considerara, ni él consideró por su cuenta, el acceso al mercado australiano del salmón canadiense termotratado. La razón es obvia: se permite la entrada en Australia del salmón termotratado y no hay controversia entre las partes con respecto a ese producto. Tampoco cabe lugar a ninguna duda de que la entrada en Australia del salmón fresco, refrigerado o congelado no está permitida porque no ha sido termotratado de conformidad con las temperaturas prescritas y los períodos de duración del calor.

6. Australia alega que el Grupo Especial se excedió de su mandato al examinar la compatibilidad de su medida con el artículo 6 del Acuerdo MSF. Según el Canadá, el Grupo Especial no procedió de esa forma. Simplemente citó en una nota de pie de página el artículo 6 y no "examinó la compatibilidad de la medida" con dicho artículo.

2. Carga de la prueba

1. El Canadá afirma que las reclamaciones de Australia en el sentido de que el Canadá no estableció una presunción prima facie de violación por Australia de los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF no están justificadas y carecen de fundamento. Sus alegaciones de error por parte del Grupo Especial son en realidad alegaciones de que el Grupo Especial no ha hecho una evaluación objetiva del asunto que tenía ante sí, incluso una evaluación objetiva de los hechos. Esta es una alegación sumamente grave. Esta alegación requiere que Australia proporcione pruebas plenas y convincentes. Y Australia está muy lejos de cumplir este requisito.

2. El Canadá alega que Australia interpreta incorrectamente el significado de prima facie como norma de la prueba al considerar que existe una presunción prima facie cuando "a reserva de refutación, un grupo especial podría constatar que lo más probable es que cada elemento de la reclamación pueda ser justificado de conformidad con cada uno de los artículos al amparo de los cuales la reclamación ha sido presentada". Según el Canadá, el Grupo Especial formuló y aplicó correctamente la norma de la prueba, al basarse en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana ("Estados Unidos - Camisas y Blusas").¹⁸

3. Evaluación objetiva del asunto

¹⁸ Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R.

3. Según el Canadá, nada en la comunicación de Australia identifica un error conspicuo que ponga en tela de juicio la buena fe del Grupo Especial. Las alegaciones de Australia de "error" son meros intentos de volver a exponer sus argumentos y conseguir que el Órgano de Apelación sustituya al Grupo Especial en su juicio sobre los hechos.

4. Otras cuestiones de procedimiento

4. El Canadá afirma que, como Australia misma lo reconoce, el Grupo Especial le permitió que Australia presentara una tercera comunicación escrita en relación con sus alegaciones de que el Canadá había formulado nuevas "reclamaciones" en la segunda reunión sustantiva. Australia, no obstante, parece que está aduciendo que se le han negado las debidas garantías procesales. Todas las denominadas nuevas reclamaciones son nuevos argumentos, como el Grupo Especial lo señaló correctamente. Durante toda esta diferencia, el Grupo Especial prorrogó los plazos y adoptó disposiciones para dar cabida a las objeciones de Australia de que no había contado con tiempo suficiente para prepararse.

5. Debido a las objeciones de Australia, el Grupo Especial sostuvo que el Informe Vose no era "fundamental para [su] informe" y que "no [procedería] a un análisis más detenido del mismo en [su] examen". No obstante, según el Canadá, el Informe Vose trataba concretamente la cuestión de si Australia había omitido en el Informe final de 1996 información significativa que figuraba en el Proyecto de informe de 1995, y que esa información era decisiva para la estimación transparente del riesgo. En consecuencia, si ha habido una denegación de las "debidas garantías procesales", quien la ha sufrido ha sido el Canadá. El hecho de que el Grupo Especial no considerara el Informe Vose privó al Canadá de un importante elemento de prueba.

6. El Canadá alega que las reclamaciones de Australia de perjuicio debido a la referencia que hizo el Canadá a determinados estudios que demuestran la ineficacia del tratamiento térmico contra determinados agentes patógenos, estudios que no fueron presentados como prueba, pero en los que se basó el Grupo Especial, "es la más escandalosa" de las afirmaciones de Australia con respecto a las debidas garantías procesales. Según el Canadá, Australia alega que no pudo encontrar estos estudios para verificarlos o comprobarlos debido a un error tipográfico del Canadá en la nota de pie de página que indica como año de publicación 1933 y no 1993. El Canadá afirma que lo que Australia ha omitido decir al Órgano de Apelación es que las referencias sobre los estudios a los que se remitió el Canadá figuraban en el Informe final de 1996, donde el Canadá los había encontrado. Ambas partes presentaron como prueba el Informe final de diciembre de 1996. El

Canadá sostiene que Australia, en consecuencia, estaba muy al corriente de estos estudios o que debería haberlo estado.

5. Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF

7. A juicio del Canadá, el Grupo Especial aplicó correctamente la norma jurídica y examinó correctamente las pruebas para determinar si los resultados de la evaluación del riesgo proporcionaban un fundamento científico racional en apoyo de la prescripción del termotratamiento. El Grupo Especial se vio obligado a llegar a la conclusión de que los resultados de la evaluación del riesgo de Australia no "apoyaban razonablemente" la prescripción del tratamiento térmico.

6. Párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF

8. Según el Canadá, la cuestión que tenía ante sí el Grupo Especial con respecto al párrafo 5 del artículo 5 no era si los riesgos planteados por productos distintos eran los mismos, sino si eran diferentes los niveles adecuados de protección mantenidos por Australia para hacer frente a esos riesgos y, si lo eran, si esas diferencias eran arbitrarias o injustificables y daban lugar a una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.

9. El punto fundamental que tenía ante sí el Grupo Especial, a juicio del Canadá, era que a pesar de la falta de pruebas de que el salmón muerto, eviscerado, fresco, refrigerado o congelado, para el consumo humano, haya introducido alguna vez enfermedades en algún lugar, y de que el riesgo de esa introducción sea sumamente bajo, Australia cierra su mercado. En contraste, frente a la información de que muchos de los mismos agentes patógenos están entrando en Australia a través de productos de pescado distintos del salmón, Australia autoriza la entrada de dichos productos porque alega que no tiene conocimiento de la probabilidad de que esos agentes patógenos podrían infectar la población de salmónidos australiana ni de las consecuencias que podría tener esa infección. En otras palabras, Australia adopta dos niveles de protección diametralmente opuestos.

10. El Canadá alega que, en contra de lo afirmado por Australia, el Grupo Especial no consideró las "posibles consecuencias biológicas y económicas". Australia había alegado que para que diferentes situaciones fuesen comparables, era preciso que tanto la enfermedad como las consecuencias fueran las mismas. No obstante, el Grupo Especial constató como cuestión de hecho, sobre la base del testimonio de los expertos, que con respecto a determinada enfermedad,

las consecuencias biológicas y económicas de su introducción serían las mismas o similares, independientemente del producto que introdujera la enfermedad.

11. En respuesta a la alegación de Australia de que el Grupo Especial le negó el derecho de adoptar una posición de cautela, y determinar su propio nivel de protección, el Canadá señala que lo que hizo el Grupo Especial fue comparar las medidas impuestas por Australia con respecto al salmón y a los no salmónidos. Australia sostuvo, durante todo el procedimiento, que su nivel adecuado de protección frente a los agentes patógenos que podían afectar a sus salmónidos era muy conservador. Según el Canadá, en efecto era tan conservador que en algunas ocasiones Australia parecía estar insistiendo en que no importaba cuán remota fuese la probabilidad del riesgo, la mera posibilidad de que esos agentes patógenos pudiesen introducirse le resultaba suficiente para prohibir los salmónidos que podían ser huésped de los agentes en cuestión. Frente al hecho de que muchos de los mismos agentes patógenos no solamente podían existir, sino que se sabía que existían en productos no salmónidos, Australia adoptó un enfoque muy diferente: permitió la entrada de esos productos. Por lo tanto es difícil comprender qué espera obtener Australia acusando al Grupo Especial de comparar solamente agentes patógenos que se sabe que existen en el salmón con agentes patógenos que se sabe que existen en no salmónidos. Según el Canadá, si el Grupo Especial hubiera ampliado su análisis para hacer contrastar la posición "de cautela" adoptado por Australia frente a los posibles agentes patógenos en los salmónidos con su "mercado abierto" para los no salmónidos, en los que se ha confirmado la existencia de agentes patógenos, se le habrían puesto de manifiesto en forma mucho más patente las discrepancias de Australia en los niveles de protección.

12. Según el Canadá, el Grupo Especial podría muy bien haber constatado que las distinciones en los niveles de protección en todas las diferentes situaciones identificadas por el Canadá eran arbitrarias o injustificables. No obstante, no lo hizo. Se concentró en cambio en dos productos comparativos -el arenque entero congelado utilizado como cebo y los peces vivos ornamentales- con respecto a los cuales la diferencia de las medidas adoptadas por Australia parecía más notable. Esto se debía, como los expertos del Grupo Especial señalaron, a que en general se consideraba que las importaciones de los peces vivos ornamentales y de los peces utilizados como cebo planteaban riesgos mayores de introducción de agentes patógenos exóticos que la importación de peces muertos para el consumo humano. Además, como los expertos observaron, nunca se había registrado un caso de pez muerto, eviscerado, tal como el salmón que Australia prohíbe, que diera lugar a la introducción de una enfermedad exótica. Al contrario, existe mucha más documentación sobre ese tipo de introducción en el caso de los peces vivos, incluso en Australia.

13. El Canadá afirma que cuando se trata de los riesgos de introducción de enfermedades que suponen para los salmónidos de Australia las importaciones de no salmónidos (sobre todo peces vivos, peces para cebo y otros peces para el consumo humano), Australia exige que el Canadá no se limite a presentar testimonios sino, pruebas del riesgo. Sin embargo, en el caso de las importaciones de salmónidos, a pesar de los firmes testimonios de que el riesgo es insignificante, Australia impone una prohibición de las importaciones "por las dudas".

14. El Canadá sostiene que es difícil encontrar pruebas tan decisivas como las pruebas relativas a los tres elementos de la infracción de Australia del párrafo 5 del artículo 5, no sólo en cuanto la medida se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano, sino en cuanto se aplica a todos los productos de salmón fresco, refrigerado o congelado abarcados por la misma. Si en este caso las pruebas resultan insuficientes para apoyar una constatación en el sentido de que Australia violó el párrafo 5 del artículo 5, es difícil concebir en qué circunstancias un Miembro podría probar una violación de dicha disposición.

7. Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF

1. El Canadá afirma que aunque Australia sostiene que el Informe final de 1996 llega a la conclusión de que las demás opciones de medidas de cuarentena que identificó (opciones 2 a 5) no lograrían el nivel adecuado de protección establecido por Australia, no hay nada en el Informe final de 1996 que apoye esta afirmación. Un examen del informe del Grupo Especial (y del Informe final de 1996) revela que esta conclusión se aplica, en caso de que fuese aplicable, solamente a las dos opciones rechazadas ab initio -la eliminación de todas las restricciones de cuarentena o la prohibición de todas las importaciones- de salmón, las cuales, según el Informe final "no podían considerarse razonablemente adecuadas, teniendo presentes los riesgos asociados".

2. Según el Canadá, Australia sugiere en forma ilógica que la única medida vigente que pone efectivamente en práctica la prohibición sobre el salmón fresco, refrigerado o congelado -el termotratamiento- no consigue el nivel adecuado de protección de Australia, mientras que la prohibición en sí misma la consigue. Además, al indicar que su nivel adecuado de protección se encuentra "explícito" en la prohibición misma, Australia parece que está sugiriendo que el nivel adecuado de protección es la prohibición. En el texto del párrafo 6 del artículo 5 queda perfectamente claro que una medida no constituye el nivel adecuado de protección.

C. Apelante - Canadá

1. Productos abarcados

3. El Canadá afirma que el hecho de que el Grupo Especial no haya formulado constataciones al amparo de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 con respecto a los productos de salmón distintos del salmón del Pacífico capturado en el océano se debía a una aplicación equivocada del "principio de economía procesal" tal como lo formuló el Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Camisas y blusas¹⁹ y daba un resultado contrario a lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Además, el enfoque del Grupo Especial daba un resultado perverso, a saber, someter una medida de un Miembro a un examen menos profundo cuanto más franca fuera la violación de sus obligaciones en materia sanitaria y fitosanitaria. El Canadá sostiene, por otra parte, que el Grupo Especial al limitar su examen de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 se basaba en razones opuestas a las amplias pruebas que tenía ante sí, incurriendo de esa forma en una violación del artículo 11 del ESD.

4. Según el Canadá, si al formularse una resolución con respecto a una reclamación se determinara de manera suficiente la modalidad de aplicación de modo de hallar una solución positiva de la diferencia, sería redundante que el Grupo Especial continuara sus actuaciones. Sin embargo, un grupo especial que se ocupara de determinadas reclamaciones pero se abstuviera de otras que configurarían mejor la modalidad de aplicación no habría resuelto necesariamente el asunto objeto de la diferencia. El Miembro que deba aplicar las recomendaciones podrá aplicarlas de manera tal que ponga su medida en conformidad con respecto a las reclamaciones examinadas por el Grupo Especial, pero no con respecto a las otras reclamaciones que el Grupo Especial no examinó. El asunto no quedaría resuelto con respecto a aquellas otras reclamaciones y el Miembro reclamante se vería obligado a someter otro asunto al procedimiento de solución de diferencias para que se las considere. En consecuencia, la "economía procesal" buscada por el Grupo Especial sería una falsa economía.

5. El Canadá alega que la decisión del Grupo Especial en el asunto que se examina de limitar sus constataciones al salmón del Pacífico capturado en el océano no era una decisión de examinar determinadas reclamaciones. Se trataba, en cambio, de la decisión de examinar solamente una de las categorías de productos, a saber, el salmón del Pacífico capturado en el océano, con respecto a la cual el Canadá había alegado una violación de los dos artículos en cuestión. Dado que ni la medida australiana ni el objeto de la diferencia se limitaban al salmón del Pacífico capturado en el océano, y en cambio se extendían a todo el salmón fresco, refrigerado o congelado, y habiéndose

¹⁹ Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R.

constatado que a fin de solucionar esta diferencia era procedente y necesario examinar las reclamaciones formuladas por el Canadá al amparo de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano, se deduce lógicamente que era procedente y necesario hacerlo también con respecto a todos los productos de salmón abarcados por esa medida. Al no hacerlo, el Grupo Especial no solucionó el asunto objeto de la presente diferencia. El Canadá adujo que las constataciones que formuló el Grupo Especial al amparo de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano podían extenderse también a otro salmón canadiense.

2. Párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF

1. El Canadá afirma que presentó pruebas en apoyo de la reclamación que formuló por separado al amparo del párrafo 3 del artículo 2, a saber, que aunque Australia prohíba la importación de salmón sin cocer procedente del Canadá, aparentemente para impedir la entrada y radicación de enfermedades exóticas, no controla la circulación de salmón dentro de Australia, de Estados donde existen ciertas enfermedades a Estados donde no existen. Sin embargo, el Grupo Especial decidió que era "más adecuado en las circunstancias propias de la presente diferencia tratar primero las reclamaciones efectuadas por el Canadá al amparo del artículo 5", y cuando examinó el párrafo 5 del artículo 5, lo hizo solamente con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano. Fue sobre la base de haber constatado una violación del párrafo 5 del artículo 5 que el Grupo Especial constató que la medida de Australia también era incompatible con las prescripciones del párrafo 3 del artículo 2. En consecuencia, la constatación del Grupo Especial con respecto al párrafo 3 del artículo 2, se limitó al salmón del Pacífico capturado en el océano, dado que el Grupo Especial renunció a "seguir examinando las restantes alegaciones formuladas por el Canadá al amparo del artículo 2".

2. Según el Canadá, el Grupo Especial incurrió en error al aplicar la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 como un elemento posterior del análisis que había realizado del párrafo 5 del artículo 5. Incurrió asimismo en error al interpretar la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 solamente como texto preambular y examinarlo únicamente a través del párrafo 5 del artículo 5, y no como una obligación independiente. Y agravó este error al limitar de manera inadecuada su análisis y constatación al salmón del Pacífico capturado en el océano en lugar de considerar todas las categorías de salmón en cuestión. Al proceder de esta forma el Grupo Especial no tuvo en cuenta su mandato ni las pruebas que se le habían presentado.

3. El Canadá alega que la interpretación del Grupo Especial tiene el efecto de desvirtuar el párrafo 3 del artículo 2, primera frase. Infringe las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público y no respeta el principio expresado por el Órgano de Apelación en su informe sobre Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional ("Estados Unidos - Gasolina")²⁰ en el sentido de que el intérprete debe dar efecto a todos los términos de un tratado. Además entra en conflicto con la advertencia que hace el párrafo 2 del artículo 3 del ESD de que las "recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados". Y no logra hallar una solución positiva de la diferencia.

D. Australia - Apelado

1. Productos abarcados

4. Australia afirma que el Grupo Especial hizo un examen más superficial del salmón de criadero frente al salmón del Pacífico capturado en el océano no por un error de derecho sino porque el Canadá no presentó alegaciones y argumentaciones jurídicas pertinentes a todas las categorías de salmón, lo cual de hecho invitó al Grupo Especial a proceder en su examen de las reclamaciones a una "separación de los productos". Según Australia, el Canadá afirma erróneamente que el Grupo Especial puede constatar la incompatibilidad con respecto a algunos de los elementos que forman parte de las obligaciones enunciadas en los párrafos 5 y 6 del artículo 5 sobre la base de una categoría limitada de productos y extender luego esas constataciones a otra categoría de productos, con lo que evita la necesidad de establecer una presunción prima facie respecto de todos los elementos de las obligaciones en relación con esos otros productos.

5. A juicio de Australia, en contra de lo afirmado por el Canadá, el Grupo Especial no tuvo ante sí "amplias pruebas" en relación con las demás categorías de salmón, dado que la mayoría de los estudios a los que se remitió el Canadá tenían un carácter general o estaban basados en pruebas tardías o no presentadas.

_____ 2. Párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF

6. Según Australia, la apelación del Canadá con respecto a la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 se basa en una descripción equivocada de las constataciones del Grupo Especial de

²⁰ Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

violación del párrafo 5 del artículo 5. El Grupo Especial no constató ninguna violación del párrafo 5 del artículo 5 ni del párrafo 3 del artículo 2 porque Australia aplica diferentes medidas al producto de salmónido nacional y al salmón importado. Por ello, todos los argumentos del Canadá relativos a los controles internos y externos no son pertinentes a los asuntos objeto de apelación.

7. Australia alega que el concepto del párrafo 3 del artículo 2 como una obligación independiente entraría en conflicto con el sentido corriente de los términos en su contexto. El Canadá no ha explicado por qué sus alegaciones de error no deberían aplicarse igualmente a las obligaciones formuladas en la segunda frase del párrafo 3 del artículo 2, o incluso en relación con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5.

E. Argumentos de los terceros participantes

1. Comunidades Europeas

8. Las Comunidades Europeas declaran que la limitación de los productos examinados por el Grupo Especial al salmón del Pacífico capturado en el océano no se justifica por el principio de economía procesal. Sin embargo, no está claro que el Grupo Especial estuviese en condiciones de examinar reclamaciones con respecto a las demás categorías de salmón. Por consiguiente, no formuló ninguna constatación, no porque no fuera necesario sino porque no contaba con las pruebas necesarias para formularla.

9. Las Comunidades Europeas observan que el Grupo Especial parece haber hecho una aplicación muy peculiar de los principios que rigen la asignación de la carga de la prueba. La alegación de que "la restricción encubierta del comercio" queda probada por la falta de restricciones similares a la circulación interna de salmón fue formulada por el Canadá y, por lo tanto, debe ser justificada por este país. Si, a pesar de las pruebas presentadas por el Canadá, el Grupo Especial seguía teniendo "dudas" sobre la exactitud de los hechos alegados o la pertinencia de esta alegación con respecto al tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5, debía haberla desestimado.

10. Las Comunidades Europeas también declaran que el recurso frecuente que hizo el Grupo Especial, al examinar el artículo 5, a la formulación de hipótesis en lugar de constataciones definitivas es una forma extrema e inconveniente de aplicar el principio de la economía procesal. Este es un enfoque que no favorece la solución de las diferencias.

11. Las Comunidades Europeas alegan que el sentido corriente de los términos "potential" (posible) y "likelihood" (probabilidad) es diferente: "likelihood" implica un grado mayor de

probabilidad que "posible". Sin embargo, el objeto, la finalidad y el contexto del Acuerdo MSF indican que no podía haberse previsto un nivel mayor de probabilidad con respecto al primer tipo de evaluación del riesgo que con respecto al segundo tipo, tal como se define en el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo. No hay ningún motivo por el cual las medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas contra las plagas y las enfermedades deban ser examinadas en forma más estricta que aquéllas adoptadas contra los riesgos para la salud que representan los aditivos, contaminantes, etc.

12. Las Comunidades Europeas también manifiestan la preocupación de que se podría haber interpretado erróneamente que el Grupo Especial había declarado que un nivel de protección de "riesgo cero" no constituía una opción a disposición de los Miembros en virtud del Acuerdo MSF. Esto no es para nada lo que dijo el Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas²¹ cuando se refirió a la "incertidumbre teórica" que siempre existe.

13. Las Comunidades Europeas alegan que no hay una diferencia importante entre la "perspectiva comercial" y la "perspectiva sanitaria" de la medida en cuestión. En el caso del salmón fresco, refrigerado o congelado, la medida en cuestión desde ambas perspectivas es la prohibición de las importaciones. La conclusión del Grupo Especial en el sentido de que el termotratamiento no reduce suficientemente los riesgos y, en consecuencia, no existe una relación racional entre la evaluación del riesgo y la medida del termotratamiento no se deduce de su razonamiento anterior por dos razones: en primer lugar, el tratamiento no es aplicable al salmón fresco, refrigerado o congelado y, en segundo lugar, si el termotratamiento no es eficaz, se refuerza la conclusión de que deben prohibirse las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado.

14. Las Comunidades Europeas también afirman que el Grupo Especial procedió correctamente al examinar los párrafos 5 y 6 del artículo 5 porque las consecuencias sobre la aplicación de las recomendaciones resultantes de la constatación de violación del párrafo 1 del artículo 5 no son las mismas que las resultantes de la constatación de violación de los párrafos 5 y 6 del artículo 5. Sin embargo, era erróneo justificar su decisión de continuar el examen aplicando el criterio "alternativo", es decir, si se consideraba que el Grupo Especial había procedido en forma incorrecta en sus constataciones relativas al párrafo 1 del artículo 5 entonces se le requeriría que examinara los párrafos 5 y 6 del artículo 5. Ese criterio es una negación del principio de economía procesal dado que su lógica exigiría que siempre se examinaran todas las reclamaciones.

²¹ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R.

15. Las Comunidades Europeas sostienen que la consideración del Grupo Especial de la "diferencia en el grado de riesgo", en el contexto del segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5, es errónea porque ésta no es una forma de evaluar la arbitrariedad o injustificabilidad de las distinciones entre los niveles de protección. Constituye, en cambio, un elemento de la definición del nivel de protección.

16. Debido a este error, según las Comunidades Europeas, el análisis se limitó a determinar si las diferencias entre las medidas aplicadas a diferentes tipos de pescado podían justificarse mediante las correspondientes diferencias en el grado de riesgo. La única conclusión lógica que el Grupo Especial podía haber deducido de ese tipo de análisis era si había o no diferencias en los niveles de protección. Ese tipo de análisis no era suficiente para determinar si las diferencias en los niveles de protección eran "arbitrarias" o "injustificadas". Por ello, el Grupo Especial debía haber evaluado el "carácter" de esas diferencias.

17. Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial incurrió también en cuatro graves errores de derecho al aplicar el tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5: i) atribuyó un peso excesivo a la existencia de diferencias en los niveles de protección como prueba indirecta del tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5, oscureciendo de esa forma la distinción entre los elementos segundo y tercero de dicho párrafo; ii) interpretó erróneamente la expresión "restricción encubierta del comercio internacional" de modo que incluyera "la discriminación entre productos"; iii) dedujo mediante una pura especulación el motivo que tenía Australia para dejar sin efecto las recomendaciones del Proyecto de informe de 1995; y iv) desarrolló un argumento no procedente derivado de la falta de controles internos sobre la circulación del salmón.

18. Las Comunidades Europeas afirman que el análisis hecho por el Grupo Especial de la medida en cuestión a la luz del párrafo 6 del artículo 5 adolece de los mismos defectos que el análisis realizado a la luz del párrafo 1 del artículo 5, dado que se basa en el concepto erróneo de que la medida en cuestión es el termotratamiento. El Grupo Especial también incurrió en error en su enfoque de la carga de la prueba en relación con el párrafo 6 del artículo 5. Si bien declaró que no estaba formulando ninguna constatación sobre si una opción alternativa conseguiría efectivamente el nivel adecuado de protección de Australia, llegó sin embargo a la conclusión de que el Canadá formuló una presunción sobre la disponibilidad de otras medidas que conseguirían el nivel adecuado de protección de Australia. Esto demuestra que el Grupo Especial está formulando una "presunción" en el sentido de una indicación o sospecha de que un hecho es verdadero.

2. India

1. La India afirma que en asuntos tales como éste, la carga de la prueba correspondía a Australia. El párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF indica concretamente que los Miembros pueden establecer medidas que representen un nivel más elevado de protección que el que se lograría a través de medidas basadas en las normas internacionales pertinentes, siempre que haya una justificación científica y que no sean más restrictivas del comercio de lo necesario para lograr el nivel adecuado de protección. El párrafo 8 del artículo 5 dispone que en caso de que cualquier otro Miembro estime que tal medida restringe o puede restringir sus exportaciones y que esa medida no está basada en las normas internacionales pertinentes, podrá pedir una explicación. Esto demuestra claramente, según la India, que en todos esos casos la carga de la prueba corresponde al Miembro que ha establecido la medida.

2. La India alega que el párrafo 5 del artículo 5, tanto en su letra como en su espíritu, subraya la necesidad de compatibilidad en la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias. Su intención y objetivo es muy claro -los Miembros evitarán distinciones en los niveles de protección que consideren adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.

3. La India alega que dado que la misma evaluación del riesgo realizada por Australia admite que los niveles de riesgo planteados por las cinco opciones en materia de política de cuarentena no pueden distinguirse, cada una de estas opciones podría entonces conseguir el nivel adecuado de protección de Australia. Por lo tanto, Australia debería haber adoptado la menos restrictiva del comercio de estas opciones.

3. Noruega

4. Noruega sostiene que el enfoque del Grupo Especial con respecto a los requisitos de fondo de una evaluación del riesgo es correcto, especialmente en relación con la exigencia de que se haga una evaluación de la eficacia de las diversas opciones de reducción del riesgo. Según Noruega, el Grupo Especial debería, no obstante, haber llegado por separado a una conclusión sobre los requisitos sustantivos de la evaluación del riesgo antes de ocuparse de la prescripción de que la medida se base en una evaluación del riesgo. Todos los elementos de hecho necesarios para llegar a esas conclusiones parecen estar presentes. Las consecuencias del enfoque adoptado por el Grupo Especial se harán evidentes si el Órgano de Apelación aceptara las reclamaciones de Australia con respecto a la medida. En ese caso no habría ninguna constatación, basada en los hechos del asunto,

que se relacionara con la evaluación del riesgo como tal, o con las prescripciones relativas a los testimonios científicos y los principios científicos mencionados en el párrafo 2 del artículo 2.

5. Noruega alega que la interpretación correcta de la expresión se basen en es que la eficacia de una medida para reducir el riesgo debe determinarse mediante la evaluación del riesgo, y que la medida elegida debe encontrarse entre aquellas que hayan sido evaluadas y consideradas como medidas que tienen determinada eficacia. La elección concreta de la medida adecuada para lograr el nivel de protección de un Miembro debería por lo tanto analizarse a la luz de la "prescripción de necesidad " contenida en el párrafo 2 del artículo 2 y desarrollada en el párrafo 6 del artículo 5. Si la necesidad de la medida elegida estuviera implícita en el párrafo 1 del artículo 5, el párrafo 6 de dicho artículo quedaría privado de su significado.

6. Noruega señala que esto requiere adoptar un enfoque que consta de tres pasos: i) una constatación relativa a las prescripciones de fondo de la propia evaluación del riesgo; ii) una constatación respecto a si la medida se encuentra entre aquellas que fueron evaluadas y consideradas eficaces en la evaluación del riesgo; y iii) una constatación con respecto a si la medida aplicada es necesaria para lograr el nivel adecuado de protección del Miembro importador.

7. Noruega objeta las reclamaciones de Australia en el sentido de que el Grupo Especial está creando una nueva obligación jurídica, al determinar que las enfermedades no detectadas no pueden ser tenidas legítimamente en cuenta a los fines del nivel adecuado de protección de un Miembro. A juicio de Noruega, si el argumento de Australia es correcto, se permitiría a los Miembros adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias sin tener que identificar los riesgos. Noruega piensa que se desprende claramente de la definición que figura en el párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF que las medidas sanitarias y fitosanitarias se relacionan con la protección contra los riesgos, en consecuencia, si no se ha identificado ningún riesgo con respecto a una importación determinada, no puede aplicarse ninguna medida sanitaria o fitosanitaria.

8. Noruega alega que si tuviésemos que aceptar la reclamación de Australia en el sentido de que la medida es una prohibición de las importaciones, entonces lo que habría que hacer sería determinar si cualquiera de las medidas alternativas identificadas, razonablemente disponibles, es suficiente para reducir el riesgo a los "niveles muy bajos" exigidos por Australia. El Informe final de 1996 no formula ninguna evaluación ni determinación clara a este respecto, y esta falta de evaluación en sí misma puede constituir una infracción de las prescripciones de fondo relativas a la evaluación del riesgo que contiene el párrafo 1 del artículo 5.

9. Noruega afirma que el Grupo Especial debería tomar como punto de partida las obligaciones establecidas en el artículo 2, dado que este artículo se refiere a los "Derechos y obligaciones básicos". La razón que alega es que el punto clave del asunto reside en determinar si la medida australiana es "necesaria" para lograr su nivel de protección, si está basada en principios y testimonios científicos suficientes, y/o si equivale a una restricción injustificable del comercio internacional.

4. Estados Unidos

1. Los Estados Unidos afirman que el argumento de Australia pasa por alto el hecho de que el termotratamiento fue evaluado en el Informe final de 1996 de Australia, así como en el Proyecto de informe de 1995, junto con otras medidas relacionadas con el salmón fresco, refrigerado o congelado.

2. Paradójicamente, según los Estados Unidos, Australia citó observaciones de los expertos que señalan que la prescripción australiana del termotratamiento modifica efectivamente -es decir, destruye- el producto, en apoyo de su reclamación de que el termotratamiento no es aplicable al salmón fresco, refrigerado o congelado. Esto es algo así como afirmar que una prescripción de que se pulvericen los bloques de cemento antes de la importación es una medida pertinente solamente a la importación de polvo. También en este caso, no se exige que el Grupo Especial no tenga en cuenta la prescripción de Australia del termotratamiento simplemente porque la medida australiana exige que se destruya el carácter del salmón fresco, refrigerado o congelado de modo que el producto resultante ya no sea "fresco, refrigerado o congelado".

3. Los Estados Unidos aducen que si el Grupo Especial limitó su análisis al salmón del Pacífico capturado en el océano alegando un interés de economía procesal, ese principio fue aplicado incorrectamente dado que tuvo como consecuencia que el Grupo Especial no haya resuelto en forma completa el asunto objeto de la diferencia. No se trata de una situación en la que el Grupo Especial eligió correctamente no tener en cuenta todos los argumentos o alegaciones presentados por una de las partes. Al contrario, el Grupo Especial en este procedimiento no extendió el análisis a todo el salmón fresco, refrigerado o congelado que es objeto de la solicitud del Canadá de establecimiento de un grupo especial.

4. Los Estados Unidos afirman que Australia aplicó una prohibición para hacer frente a la posibilidad de que el salmón eviscerado, importado para el consumo humano, pudiera servir como huésped para la introducción de enfermedades, de las cuales solamente algunas son exóticas en

Australia, en sus criaderos de salmón, y que era precisamente con respecto a ese riesgo hipotético que el Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas había llegado a la conclusión de que no era el "tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, se ha de evaluar".

5. Los Estados Unidos alegan que Australia, al insistir en que el Grupo Especial comparara los niveles de protección solamente entre los distintos tipos de pescado que son huésped de un número similar de enfermedades exigía que la comparación se hiciera exclusivamente donde prevalecieran riesgos idénticos. Ese tipo de limitación simplemente no puede justificarse por el texto del párrafo 3 del artículo 2, que según el Órgano de Apelación constituye un elemento importante del contexto del párrafo 5 del artículo 5. Además, el argumento de Australia relativo a la procedencia de la comparación realizada por el Grupo Especial hace caso omiso de los testimonios científicos que tenía el Grupo Especial ante sí, en el sentido de que es muy improbable que el salmón importado sea portador de muchas, por no decir de alguna, de las aproximadamente 20 enfermedades a las que Australia se refiere.

6. Los Estados Unidos alegan además que el Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas aprobó implícitamente las comparaciones de los niveles de protección en circunstancias en las que ni los riesgos ni las condiciones eran idénticos.

7. Los Estados Unidos afirman que los argumentos de Australia con respecto al párrafo 6 del artículo 5 ignoran dos consideraciones básicas. En primer lugar, el Grupo Especial tenía ante sí pruebas científicas que ponían en tela de juicio la eficacia del termotratamiento. En consecuencia, si el termotratamiento lograba el nivel de protección de Australia, había alternativas disponibles, incluida la evisceración, que también lograrían el mismo nivel de protección. En segundo lugar, el Grupo Especial tomó nota de las conclusiones científicas en el sentido de que el riesgo asociado con la importación de salmón para el consumo humano eran reducidos. Además, el Informe final de 1996 consideró que "Entre los niveles de riesgo correspondientes a cada una de las opciones hay una diferencia gradual que no puede ser cuantificada". Por consiguiente, el Canadá estableció una presunción prima facie, no refutada, de que existían medidas alternativas disponibles menos restrictivas del comercio que podían conseguir el nivel de protección de Australia.

III. Cuestiones planteadas en esta apelación

8. El apelante, Australia, plantea en esta apelación las cuestiones siguientes:

a) si el Grupo Especial no interpretó correctamente su mandato con respecto a la medida y el producto en cuestión;

b) si el Grupo Especial se excedió de su mandato al extender el alcance de su examen del artículo 5 del Acuerdo MSF e incluir el artículo 6 del mismo Acuerdo;

c) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que la medida en cuestión, en cuanto se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano, no se basa en una evaluación del riesgo, y que por consiguiente Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF;

d) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF;

e) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF; y

f) si el Grupo Especial ha asignado y aplicado correctamente la carga de la prueba, si ha hecho una evaluación objetiva del asunto, si incurrió en error de derecho al admitir o considerar determinadas pruebas, y si no acordó a Australia las debidas garantías de procedimiento al no acceder a su solicitud de presentar una tercera comunicación escrita.

9. El apelante, el Canadá, plantea en esta apelación las cuestiones siguientes:

a) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho en su aplicación del principio de economía procesal y al no extender su examen de las reclamaciones presentadas por el Canadá al amparo de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF a otro salmón canadiense; y

b) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al no constatar una violación del párrafo 3 del artículo 2, primera frase, independientemente de su

constatación de que Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

IV. Mandato

A. La medida y el producto en cuestión

10. La primera cuestión que analizamos es si el Grupo Especial no interpretó correctamente su mandato con respecto a la medida y al producto objeto de la presente diferencia. En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, el Canadá identificó la medida y el producto en cuestión en los siguientes términos:

Entre las medidas del Gobierno de Australia que prohíben la importación de salmón fresco, refrigerado o congelado (las "medidas de Australia" o las "medidas") figuran la Proclamación de Cuarentena N° 86A, de fecha 19 de febrero de 1975, así como sus posteriores enmiendas o modificaciones. Las medidas afectan desfavorablemente a la importación de salmón canadiense.²²

11. Con respecto a la medida en cuestión, el Grupo Especial, en el párrafo 8.19 de su informe, llegó a la conclusión de que:

... con arreglo a nuestro mandato, la medida que hemos de examinar en la presente diferencia es la QP86A en la forma en que ha sido aplicada o confirmada por las Condiciones de 1988, las Prescripciones de 1996 y la Decisión de 1996, y ello en la medida en que prohíbe la importación en Australia de salmón fresco, refrigerado o congelado.

12. Al llegar a esa conclusión, el Grupo Especial consideró en el párrafo 8.18 de su informe que las Condiciones de 1988²³:

... prohíben de hecho la importación de cantidades comerciales de productos de salmón que no haya sido termotratado de la forma prescrita. En ese sentido, puede decirse que las Condiciones de 1988 constituyen una medida que prohíbe la importación de salmón fresco, refrigerado o congelado identificada en la solicitud de establecimiento del grupo especial. Por las razones expuestas, consideramos que las Condiciones de 1988 están asimismo comprendidas en el ámbito de nuestro mandato.

²² WT/DS18/2, 10 de marzo de 1997.

²³ Supra, nota 3 de pie de página.

Con respecto a las Prescripciones de 1996²⁴, el Grupo Especial dijo a continuación:

... consideramos que es aplicable el mismo razonamiento que hemos seguido antes respecto de las Condiciones de 1988. En consecuencia, estimamos que las Prescripciones de 1996 están comprendidas en el ámbito de nuestro mandato.²⁵

13. Más adelante en el informe del Grupo Especial, al examinarse si la MSF en cuestión se basaba en una evaluación del riesgo, tal como lo prescribe el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial constató lo siguiente:

... Desde una perspectiva comercial (centrada en el hecho de que el producto no puede entrar en el mercado australiano) la medida de que se trata constituye prácticamente una prohibición de las importaciones de, entre otros, el salmón fresco, el refrigerado y el congelado. Sin embargo, si consideramos la medida de que se trata para determinar sus aspectos sanitarios (centrándose en lo que se exige para autorizar la importación del producto) -enfoque que es preciso llevar a cabo en el contexto del Acuerdo MSF- llegamos a la conclusión de que en la práctica impone el termotratamiento como solución sanitaria del riesgo planteado por la importación de salmón. Estas dos perspectivas son las dos caras de una misma moneda: una consecuencia del requisito sanitario impuesto por Australia de que el salmón sea sometido a termotratamiento antes de su importación se concreta en la prohibición de las importaciones de salmón, refrigerado o congelado ...²⁶

En una nota de pie de página correspondiente a este párrafo, el Grupo Especial aclaró además que:

El Canadá pide al Grupo Especial que Australia justifique las razones por las que impone medidas que prohíben importar salmón fresco, refrigerado o congelado -o, dicho de otro modo, que sólo permiten la importación de salmón termotratado de conformidad con las Condiciones de 1988, o enlatado comercialmente.²⁷

14. Con respecto al producto en cuestión, el Grupo Especial indicó que los productos objeto de esta diferencia se limitan, de conformidad con la solicitud de establecimiento del Grupo Especial, al "salmón fresco, refrigerado o congelado". El Grupo Especial sostuvo expresamente que esos

²⁴ Ibidem.

²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.18.

²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.95.

²⁷ Informe del Grupo Especial, nota de pie de página 302.

productos "no incluyen los productos termotratados"²⁸ y que "los productos termotratados no forman parte de los productos que son objeto de la presente diferencia".²⁹

15. Según Australia, el Grupo Especial se excedió de su mandato tanto con respecto a los productos abarcados, como a las medidas de cuarentena aplicables sometidas a su consideración.³⁰ Con respecto a los productos comprendidos, Australia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al incluir entre los productos abarcados los productos de salmónido termotratados.³¹ Australia admite que el Grupo Especial declaró expresamente que los productos termotratados quedaban fuera de los productos comprendidos en esta diferencia, pero alega que en el momento en que se examinó la compatibilidad de la medida con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5, el Grupo Especial decidió, al parecer, que su mandato abarcara todas las formas de productos de salmón elaborado a partir del producto "inicial", es decir, el salmón fresco.³² Australia sostiene que el Grupo Especial extendió su mandato más allá de la MSF en litigio, es decir, la prohibición de las importaciones del salmón fresco, refrigerado o congelado³³, con inclusión de la prescripción de termotratamiento, que se aplica exclusivamente al salmón ahumado y a las huevas de salmón.³⁴ Australia alega que el Grupo Especial, al definir una medida de cuarentena destinada al salmón ahumado como un aspecto sanitario de una medida comercial destinada al salmón fresco, refrigerado o congelado (la "otra cara" de la misma moneda)³⁵, demostraba una "lógica manifiestamente defectuosa".³⁶ Según Australia, no es una consecuencia de la prescripción de que el salmón ahumado sea termotratado que se prohíban las importaciones

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.24.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 50. Véase también el anuncio de apelación, punto 2.

³¹ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 54.

³² Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 62.

³³ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 65.

³⁴ Ibidem, párrafo 23. Además, en el párrafo 24 de su comunicación del apelante, Australia alega que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar la medida en cuestión como una medida "en vigor", en lugar de una medida "aplicada", dando a entender que la medida en cuestión era algún tipo de prohibición encubierta de las importaciones, en la forma de una medida que se aplicaba a productos fuera de su mandato (es decir, la prescripción del termotratamiento aplicada al salmón ahumado y a las huevas de salmón).

³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.95.

³⁶ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 78.

de salmón fresco, refrigerado o congelado. Australia subraya que el salmón ahumado y el salmón fresco, refrigerado o congelado son productos diferentes y que las medidas de cuarentena aplicables a cada uno de ellos no son "dos caras de la misma moneda".³⁷

16. Con respecto al producto en cuestión en la presente diferencia, observamos que el Grupo Especial declaró expresamente que los productos termotratados no forman parte de los productos que son objeto de esta diferencia.³⁸ Además, se deduce claramente del informe del Grupo Especial que éste solamente consideró al "salmón fresco, refrigerado o congelado". Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que la reclamación de Australia en el sentido de que el Grupo Especial se excedió en su mandato al examinar productos que no estaban comprendidos en el mismo y, en particular, los productos termotratados, carece de fundamento.

17. Con respecto a la medida en cuestión observamos que la QP86A dispone, en la parte pertinente, lo siguiente:

"POR CONSIGUIENTE, yo, Gobernador General de Australia, ..., por la presente ...

d) prohíbo la importación en Australia de pescado muerto del suborden Salmonidae o de cualquier parte (distinta del semen o las huevas) de pescados de ese suborden, en cualquier forma, a menos que

i) con anterioridad a su importación en Australia el pescado o las partes de pescado hayan sido sometidos a un tratamiento que, en opinión del Director de Cuarentena, evite probablemente la introducción de cualquier enfermedad infecciosa o contagiosa, o de enfermedades o plagas que afecten a las personas, los animales o las plantas; y

ii) el Director de Cuarentena, o una persona autorizada por él, haya autorizado, en un documento por escrito, la importación y que el documento pertinente se presente a un Recaudador ... a un oficial de cuarentena. (itálicas añadidas)

Del texto de la QP86A se desprende claramente que esta disposición establece una prohibición de las importaciones de salmón. Esto no es objeto de controversia; ambas partes coinciden en que

³⁷ Ibidem.

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.24.

desde que entró en vigor la QP86A no se ha permitido la entrada en Australia de salmón fresco, refrigerado o congelado.³⁹

1. Aunque la QP86A, aunque impone una prohibición de las importaciones, delega facultades en el Director de Cuarentena para permitir importaciones que han sido sometidas a un tratamiento que, en su opinión, evite probablemente la introducción de cualquier enfermedad. Sobre la base de esta facultad delegada, el Director de Cuarentena promulgó las Condiciones de 1988 actualmente aplicables.⁴⁰ El Grupo Especial interpretó que las Condiciones de 1988 se aplicaban no solamente al salmón ahumado sino también a otras categorías de salmón, incluido el salmón fresco, refrigerado o congelado. A juicio del Grupo Especial, esta interpretación está justificada por el título y el primer párrafo de las Condiciones de 1988. El título es el siguiente:

Condiciones para la importación de carne y huevas de
salmónidos en Australia.

El párrafo 1 dice lo siguiente:

Todas las importaciones de carne de salmón y de trucha y
de huevas de salmón sin enlatar están supeditadas a la obtención de
un permiso de cuarentena que autorice su entrada en Australia.

2. Como lo entendió el Grupo Especial, ni el título ni el párrafo 1 especifican que las Condiciones de 1988 se refieran únicamente al salmón ahumado. Sin embargo, tras un examen más detenido se puede observar que ésta no es una interpretación correcta del alcance real de las Condiciones de 1988. Estas disponen que:

- a) la importación de todo tipo de salmónidos distintos del salmón enlatado está supeditada a un permiso de cuarentena⁴¹;
- b) la solicitud de ese permiso debe indicar a qué temperatura y durante cuánto tiempo el salmón-trucha es ahumado, o las huevas son termotratadas⁴²;

³⁹ Con la excepción de la importación de pequeñas cantidades de salmón, fresco, refrigerado o congelado cuya entrada se autoriza para usos científicos o de taxidermia. Informe del Grupo Especial, párrafo 8.95.

⁴⁰ Supra, nota 3 de pie de página. Estas Condiciones de 1988 sustituyeron a las Directrices de 1983 para la importación de trucha y salmón ahumados en Australia.

⁴¹ Condiciones de 1988, párrafo 1.

c) para el salmón que no sea termotratado en la forma descrita supra, el AQIS considerará posibles variaciones de estas prescripciones que podrían tener en cuenta los efectos de tratamientos auxiliares como la "cocción rápida", el "sancochado", la "irradiación con rayos gamma", el "curado con salmuera", o la "congelación", cuando pueda demostrarse que esos procesos son eficaces para desactivar los organismos⁴³;

d) para la importación de cantidades de carne de salmón ahumada inferiores a 5 kg de peso, no se necesita el permiso de cuarentena pero sí el tratamiento prescrito.⁴⁴

3. Las Prescripciones de 1996 confirman el apartado d) supra pero modifican la prescripción de etiquetado para las cantidades de salmón ahumado inferiores a 5 kg, conforme a las Condiciones de 1988.⁴⁵

4. Estamos de acuerdo con Australia en que la prescripción del termotratamiento mencionado en las Condiciones de 1988 solamente se aplica al salmón ahumado, y que estas Condiciones eximen al salmón ahumado termotratado y a las huevas de salmón de la prohibición de las importaciones establecida en la QP86A. El salmón fresco, refrigerado o congelado está comprendido en la prohibición de las importaciones de la QP86A, como lo confirma la Decisión de 1996 del Director de Cuarentena. El salmón fresco, refrigerado o congelado no se somete, ni puede ser sometido, al termotratamiento. El termotratamiento destruiría al salmón fresco, refrigerado o congelado. Como indicó expresamente el Grupo Especial: "el termotratamiento ... modifica de hecho la naturaleza del producto y limita su empleo. Es evidente que el salmón termotratado no puede consumirse como salmón fresco".⁴⁶ Además, ambos participantes están de acuerdo en que el salmón fresco, refrigerado o congelado constituye un producto completamente diferente del salmón termotratado (que se vende en el mercado como salmón "ahumado").⁴⁷

⁴² Condiciones de 1988, párrafos 2 y 8. En el párrafo 3 de las Condiciones de 1988 figura un cuadro de la relación aprobada entre la duración y la temperatura.

⁴³ Condiciones de 1988, párrafo 5.

⁴⁴ Condiciones de 1988, párrafo 9.

⁴⁵ Nota 3 de pie de página.

⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.182.

⁴⁷ Respuestas de Australia y el Canadá a las preguntas formuladas en la audiencia.

5. Recordamos que el Grupo Especial declaró que la medida en cuestión en esta diferencia "es la QP86A en la forma en que ha sido aplicada o confirmada por las Condiciones de 1988, las Prescripciones de 1996 y la Decisión de 1996, y ello en la medida en que prohíbe la importación en Australia de salmón fresco, refrigerado o congelado".⁴⁸ Como se indicó supra, el Grupo Especial interpretó que las Condiciones de 1988 estaban incluidas en su mandato pues consideraba que constituyen una medida que "prohíbe la importación de salmón fresco, refrigerado o congelado" a menos que sea termotratado en la forma prescrita.⁴⁹ Recordamos que en el contexto de su examen con respecto a si la medida australiana era compatible con el párrafo 1 del artículo 5, el Grupo Especial trató la prohibición de las importaciones y la prescripción de termotratamiento como "dos caras de una misma moneda". Dijo que una consecuencia de la prescripción sanitaria establecida por Australia en el sentido de que el salmón sea termotratado antes de que pueda ser importado es que se prohíban las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado.⁵⁰

6. No compartimos la posición del Grupo Especial. A nuestro juicio, la medida sanitaria en cuestión en esta diferencia sólo puede ser la medida que se aplica efectivamente al producto en cuestión. El producto en cuestión salmón fresco, refrigerado o congelado y la MSF aplicable al salmón fresco, refrigerado o congelado es la prohibición de las importaciones establecida en la QP86A. La prescripción del termotratamiento establecida en las Condiciones de 1988 solamente se aplica al salmón ahumado y a las huevas de salmón, y no al salmón fresco, refrigerado o congelado.

7. Tampoco compartimos la opinión del Grupo Especial en el sentido de que la prohibición de las importaciones y la prescripción del termotratamiento son "dos caras de la misma moneda". El salmón ahumado y el salmón fresco, refrigerado o congelado son productos diferentes y las medidas sanitarias aplicadas a cada uno de ellos no son "dos caras de la misma moneda". Estamos de acuerdo con Australia en que la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado no es una consecuencia de la prescripción de que el salmón ahumado sea termotratado. Las importaciones de este último producto se prohíben como consecuencia directa de la aplicación de la QP86A, y esta prohibición no ha sido revocada sino, en efecto, ha sido mantenida continuamente desde 1975. Asimismo, tampoco compartimos la opinión del Grupo

⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.19.

⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.18.

⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.95.

Especial en el sentido de que las Prescripciones de 1996 se aplican al salmón fresco, refrigerado o congelado. Esas prescripciones se aplican claramente sólo a las importaciones de pequeñas cantidades de salmón ahumado.

8. Por las razones expuestas supra, revocamos las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 8.18 y 8.19 de su informe en el sentido de que las Condiciones de 1988 y las Prescripciones de 1996 están comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Concluimos que la MSF en cuestión en esta diferencia es la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado establecida en la QP86A, confirmada por la Decisión de 1996, y no la prescripción de termotratamiento establecida en las Condiciones de 1988.

B. Artículo 6 del Acuerdo MSF

1. A continuación nos ocupamos de determinar si el Grupo Especial se excedió de su mandato al extender el alcance de su examen del artículo 5 para incluir el artículo 6 del Acuerdo MSF.

2. En la solicitud de establecimiento del Grupo Especial, el Canadá solicitó que el Grupo Especial examinara y constatará lo siguiente:

- a) Las medidas de Australia son incompatibles con:
 - i) el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, en particular con sus artículos 2, 3 y 5;
 - ii) el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en particular con sus artículos XI y XIII;
- b) la aplicación de las medidas de Australia anula o menoscaba las ventajas resultantes para el Canadá del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.⁵¹

3. En el contexto de su examen del tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5, es decir, la existencia de discriminación o de una restricción encubierta del comercio internacional resultante de una distinción arbitraria o injustificable en los niveles de protección sanitaria en diferentes situaciones, el Grupo Especial tuvo en cuenta tres "señales de aviso y tres "factores adicionales".⁵²

⁵¹ WT/DS18/2, de 10 de marzo de 1997

⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.19.

El tercero de estos "factores adicionales" se refiere a las dudas del Grupo Especial con respecto a si Australia aplica a la circulación interior de salmón dentro de su territorio normas sanitarias "igualmente estrictas" a las que aplica a las importaciones de salmón.⁵³ En el contexto de su examen breve y no convincente sobre los controles internos de Australia de la circulación de salmón, el Grupo Especial señaló lo siguiente:

importaciones de productos del salmón en determinadas partes de Australia.⁵⁴

... las otras razones e

4. En una nota de pie de página a este párrafo, el Grupo Especial se remitió al párrafo 1 del artículo 6 del Acuerdo MSF y declaró lo siguiente:

todo un país, de parte de un país, o de la totalidad o partes de varios países. Al evaluar las características sanitarias o fitosanitarias de una región, los Miembros tendrán en cuenta, entre otras cosas, el nivel de prevalencia de enfermedades o plagas concretas, la existencia de programas de erradicación o de control, y los criterios o directrices adecuados que puedan elaborar las organizaciones internacionales competentes".⁵⁵

Observamos a ese re:

5. La solicitud de establecimiento del Grupo Especial presentada por el Canadá no incluía específicamente una reclamación de violación del artículo 6 del Acuerdo MSF. El mandato del Grupo Especial está determinado por la solicitud de establecimiento presentada por el Canadá. Por lo tanto, coincidimos con Australia en que el artículo 6 del Acuerdo MSF no está comprendido en el mandato del Grupo Especial. No obstante, discrepamos con Australia en que el Grupo Especial se excedió de su mandato al citar el párrafo 1 del artículo 6 en una nota de pie de página, correspondiente a un párrafo en el que el Grupo Especial examinaba una violación del párrafo 5 del artículo 5. Más concretamente, rechazamos el argumento de Australia de que el Grupo Especial, simplemente al hacer referencia al párrafo 1 del artículo 6 en una nota de pie de página, hizo una constatación implícita de incompatibilidad con el artículo 6. A nuestro juicio, la afirmación del Grupo Especial con respecto al artículo 6.1 en la nota de pie de página 430 de su informe, es análoga en su carácter a la declaración del Grupo Especial en el asunto Estados Unidos - Camisas y blusas, con respecto a las facultades del Órgano de Supervisión de los Textiles ("OST"). La India

⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.155.

⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.156.

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, nota de pie de página 430.

apeló contra esta declaración, pero nosotros la consideramos "simplemente una observación descriptiva y gratuita destinada a situar en su contexto la interpretación que hace el Grupo Especial de las funciones del OST".⁵⁶ No consideramos que esa declaración fuese "una de las constataciones o conclusiones jurídicas" que el Órgano de Apelación pudiese "confirmar, modificar o revocar". Asimismo, consideramos que en este caso la declaración del Grupo Especial que figura en la nota 430 de su informe con respecto al párrafo 1 del artículo 6 del Acuerdo MSF constituye una observación simplemente gratuita y no una "constatación o conclusión jurídica". Al formular esa observación, el Grupo Especial no se excedió de su mandato.

V) El Acuerdo MSF

A. Observación preliminar

6. Recordamos que el Grupo Especial hizo análisis y formuló constataciones separadas con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano y al otro tipo de salmón canadiense. Con respecto al otro salmón canadiense, el Grupo Especial constató, al principio de su informe, que Australia al mantener la medida en cuestión, sin ni siquiera proponerse realizar una evaluación del riesgo o basarse en una evaluación del riesgo, ha procedido de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF.⁵⁷ Esta constatación no fue objeto de apelación. El Grupo Especial limitó su ulterior examen y constataciones de violaciones de los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5, y de las consiguientes violaciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 3, al salmón del Pacífico capturado en el océano.⁵⁸ Las tres secciones siguientes, (B, C y D) de nuestro informe, donde se examina la apelación de Australia contra estas constataciones, también se limitan, por lo tanto, al salmón del Pacífico capturado en el océano. La apelación del Canadá contra la falta de constataciones por parte del Grupo Especial con respecto a las reclamaciones que ha formulado al amparo de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 en relación con otro salmón canadiense se examina en la sección E. La apelación del Canadá contra la falta de una constatación con respecto a la reclamación que ha formulado por separado al amparo del párrafo 3 del artículo 2, en relación con ambas categorías de salmón, se examina en la sección F.

B. Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF

⁵⁶ Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 20.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.59.

⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.60.

7. Comenzaremos por examinar si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida en cuestión, en tanto se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano, no se basa en una evaluación del riesgo y que Australia, por lo tanto, ha actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF.

8. El Grupo Especial examinó en primer lugar si el Informe final de 1996 constituye una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF. No formuló ninguna constatación sobre esta cuestión sino supuso, a los efectos de su examen ulterior, que el Informe final de 1996 cumple los requisitos de una evaluación del riesgo. Posteriormente examinó si la MSF en cuestión que, a su juicio, es la prescripción del termotratamiento, se basa en el Informe final de 1996, "la única evaluación del riesgo presentada por Australia".⁵⁹ En el párrafo 8.99 de su informe, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que "la medida de que se trata, en tanto y en cuanto se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano -no "se basa en" una evaluación de riesgo", y que, por lo tanto, Australia ha actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF.⁶⁰

9. Australia apela contra la conclusión del Grupo Especial de que la medida objeto de la diferencia no se basaba en una evaluación del riesgo. A juicio de Australia, esta constatación quedaba invalidada por la conclusión a la que llegó el Grupo Especial en el sentido de que la medida sanitaria en cuestión es la prescripción del termotratamiento y no la prohibición de las importaciones.

1. Recordamos que hemos constatado que la medida sanitaria en cuestión es la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado, y no la prescripción de termotratamiento.⁶¹ En consecuencia, la prohibición de las importaciones es la medida que debe ser examinada en virtud del Acuerdo MSF. Más concretamente, en virtud del párrafo 1 del artículo 5, el Grupo Especial debía haber determinado si la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado se basaba en una evaluación del riesgo, en lugar de examinar si la

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.96.

⁶⁰ Al parecer, el Grupo Especial no consideró necesario formular una constatación definitiva con respecto a si el Informe final de 1996 constituía una "evaluación del riesgo" tras haber llegado a la conclusión de que la medida en cuestión no "se basaba en" una evaluación del riesgo.

⁶¹ Supra, párrafo 105.

prescripción de termotratamiento estaba basada en una evaluación del riesgo. Estimamos que esto constituye un error de derecho y, en consecuencia, revocamos la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 8.99 en el sentido de que la MSF, en cuanto se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano, no se basa en una evaluación del riesgo y que Australia ha actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF.

2. El Grupo Especial no examinó si la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado, la MSF realmente en cuestión en la presente diferencia, se basa en una evaluación del riesgo y no figura ninguna constatación sobre esta cuestión en el informe del Grupo Especial.

3. Tenemos presentes las disposiciones del artículo 17 del ESD que establecen nuestra jurisdicción y nuestro mandato. El párrafo 6 del artículo 17 del ESD dispone lo siguiente: "La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste". El párrafo 13 del mismo artículo dispone: "El Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial". En ciertas apelaciones, cuando revocamos una conclusión de un grupo especial sobre una cuestión de derecho podemos examinar y decidir una cuestión que no ha sido específicamente examinada por el grupo especial, a fin de completar el análisis jurídico y resolver la diferencia entre las partes. Esto sucedió, por ejemplo, en las apelaciones presentadas en los asuntos Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional⁶², Canadá - Determinadas medidas que afectan a las publicaciones⁶³, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas ("Comunidades Europeas - Productos avícolas")⁶⁴, y Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón.⁶⁵

4. Habida cuenta de que hemos revocado la constatación del Grupo Especial en el sentido de que la MSF en cuestión, identificada erróneamente como la prescripción de termotratamiento, no se basa en una evaluación del riesgo, estimamos que -en la medida en que sea posible hacerlo sobre la

⁶² Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R, páginas 23 y siguientes.

⁶³ Adoptado el 30 de julio de 1997, WT/DS31/AB/R, páginas 27 y siguientes.

⁶⁴ Adoptado el 23 de julio de 1998, WT/DS69/AB/R, párrafos 154 y siguientes.

⁶⁵ WT/DS58/AB/R, de fecha 12 de octubre de 1998, párrafos 123 y siguientes.

base de las constataciones fácticas del Grupo Especial y/o de los hechos no controvertidos que figuran en el expediente del Grupo Especial- debemos completar el análisis jurídico y determinar si la MSF realmente en cuestión, es decir, la prohibición de las importaciones impuesta por Australia al salmón del Pacífico capturado en el océano, fresco, refrigerado o congelado, se basa en una evaluación del riesgo.

5. Al examinar si la prohibición de las importaciones impuesta por Australia es compatible con el párrafo 1 del artículo 5, debemos considerar en primer lugar si el Informe final de 1996 constituye efectivamente, como Australia sostiene, una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Tras un análisis detallado de los requisitos que establece el Acuerdo MSF en relación con las evaluaciones del riesgo, y un análisis detallado para determinar si el Informe final de 1996 cumple esos requisitos, el Grupo Especial supuso -sin llegar a ninguna conclusión sobre esta cuestión- "que el Informe final de 1996 cumplía los requisitos necesarios para una evaluación del riesgo según lo establecido en los párrafos 1 y 2 del artículo 5".⁶⁶ No creímos apropiado basar nuestro examen del párrafo 1 del artículo 5 en esta suposición formulada por el Grupo Especial en el sentido de que el Informe final de 1996 constituye una evaluación del riesgo adecuada. Por lo tanto, debemos examinar nosotros mismos esta cuestión. Ello es posible porque el Grupo Especial hizo todas las constataciones fácticas necesarias que nos permiten examinar si el Informe final de 1996 cumple los requisitos de una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

6. El párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF define dos tipos de evaluación del riesgo. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el tipo de evaluación del riesgo que se requiere en este caso es el tipo definido en la primera parte del párrafo 4 del Anexo A⁶⁷, que dice lo siguiente:

Evaluación del riesgo - Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas;

⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.91 y 8.92.

⁶⁷ La MSF en cuestión en esta diferencia es una medida encaminada a proteger la vida o la salud de los animales de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de enfermedades, y no de los riesgos resultantes de los aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios. Por lo tanto, el tipo de evaluación del riesgo que se requiere es el tipo definido en la primera parte, y no en la segunda parte, del párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF.

7. Sobre la base de esta definición, consideramos que, en este caso, una evaluación del riesgo a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 debe:

- 1) identificar las enfermedades cuya entrada, radicación o propagación un Miembro desea evitar en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades;
- 2) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y
- 3) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse.

8. Observamos que el Grupo Especial identificó los mismos tres requisitos que debe cumplir una evaluación del riesgo a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 y de la primera parte del párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF.⁶⁸

9. Antes de abordar la cuestión relativa a si el Informe final de 1996 cumple estos requisitos, observamos que la primera definición que figura en el párrafo 4 del Anexo A habla de la evaluación de la "probabilidad" ("likelihood").⁶⁹ En nuestro informe sobre el asunto Comunidades

⁶⁸ Sin embargo, el criterio establecido por el Grupo Especial parece sugerir que el Miembro que impone la MSF tendría que realizar él mismo la evaluación del riesgo (informe del Grupo Especial, párrafo 8.72). A ese respecto el Grupo Especial está equivocado. Recordamos que en el párrafo 190 de nuestro informe sobre el asunto Comunidades Europeas – Hormonas, declaramos que el párrafo 1 del artículo 5 "no insiste en que un Miembro que adopta una medida sanitaria habrá realizado su propia evaluación del riesgo. Sólo exige que las medidas sanitarias y fitosanitarias "se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias La medida sanitaria y fitosanitaria muy bien podría tener su justificación objetiva en una evaluación del riesgo realizada por otro Miembro o por una organización internacional."

⁶⁹ Tomamos nota de que el primer tipo de evaluación del riesgo indicada en el párrafo 4 del Anexo A es sustancialmente diferente del segundo tipo de evaluación del riesgo que contiene el mismo párrafo. Mientras el segundo tipo requiere solamente la evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales, el primer tipo de evaluación del riesgo exige una evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una enfermedad, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas. En vista del texto tan distinto utilizado en el párrafo 4 del Anexo A para los dos tipos de evaluación del riesgo, no creemos correcto disminuir las diferencias de fondo entre esos dos tipos de evaluaciones del riesgo, como parecen sugerirlo las Comunidades Europeas cuando aducen que el objeto, la finalidad y el contexto del Acuerdo MSF indican que no puede haberse deseado establecer un nivel más alto de probabilidad para el primer tipo de evaluación del riesgo que para el segundo tipo, dado que ambos pueden aplicarse a la vida o la salud de las personas y de los animales o a la preservación de los vegetales. (Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 7.)

Europeas - Hormonas, hicimos referencia al significado que atribuye el diccionario [en inglés] al término "probability" en el sentido de que se refiere a "degrees of likelihood" [grados de probabilidad] y "a thing that is judged likely to be true" [algo que se considere probablemente cierto], a fin de distinguir los términos "potential" [posible] y "probability" [probabilidad].⁷⁰ A los efectos del presente examen, nos remitimos de la misma manera al sentido corriente del término "likelihood" y consideramos que tiene el mismo significado que "probability".⁷¹ Sobre esta base, así como sobre la base de la definición de "riesgo" y de "evaluación de riesgos" de la Office international des épizooties ("OIE")⁷² y de las Directrices de la OIE para la evaluación de riesgos⁷³, sostenemos que, para que una evaluación del riesgo quede comprendida en los términos del párrafo 1 del artículo 5 y de la primera definición del párrafo 4 del Anexo A, no es suficiente que una evaluación del riesgo llegue a la conclusión de que existe una "possibility" [posibilidad] de entrada, radicación o propagación de enfermedades y las consecuencias biológicas y económicas conexas. Una adecuada evaluación del riesgo de este tipo debe evaluar la "likelihood", es decir, la "probability" [probabilidad] de entrada, radicación o propagación de enfermedades y las consecuencias biológicas y económicas conexas, así como la "likelihood", es decir "probability" [probabilidad], de entrada, radicación o propagación de enfermedades, según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse.

10. Observamos que, aunque el Grupo Especial declaró que la definición de evaluación del riesgo, para este tipo de medida, requiere una "evaluación de la probabilidad", a los fines de cumplir los requisitos segundo y tercero⁷⁴, más adelante vaciló en la aplicación de estos requisitos, al indicar o sugerir en los párrafos 8.80, 8.83, 8.89 y 8.91, que alguna evaluación de la probabilidad sería suficiente. Consideramos que esta vacilación no es feliz. No coincidimos con el Grupo Especial en que una evaluación del riesgo de este tipo necesite solamente alguna evaluación de la probabilidad. La definición de este tipo de evaluación del riesgo contenida en el párrafo 4 del

⁷⁰ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 184.

⁷¹ "Likelihood: probability", The Concise Oxford Dictionary of Current English (novena edición, Clarendon Press). [Ambos términos suelen traducirse al español por un mismo término "probabilidad".]

⁷² Código de la OIE, Sección 1.1, Definiciones, páginas 14 y 8. Observamos que el párrafo 1 del artículo 5 dispone que las evaluaciones del riesgo deben "[tener en cuenta] las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes". En el contexto del presente caso, la organización internacional competente es la OIE.

⁷³ Código de la OIE, capítulo 1.4.2, páginas 35 y 36.

⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.72.

Anexo A se refiere a "la evaluación de la probabilidad" y no a alguna evaluación de la probabilidad. Sin embargo, estamos de acuerdo con las declaraciones del Grupo Especial que figuran en el párrafo 8.80 en el sentido de que el Acuerdo MSF no requiere que la evaluación de la probabilidad se haga cuantitativamente. La probabilidad puede expresarse en términos cuantitativos o cualitativos. Además, recordamos, como lo hace el Grupo Especial⁷⁵, que en el asunto Comunidades Europeas – Hormonas declaramos que no hay ninguna prescripción en el sentido de que la evaluación del riesgo deba establecer determinada magnitud o nivel límite del grado de riesgo.⁷⁶

11. El Grupo Especial añade la siguiente declaración a estas consideraciones:

Consideramos ... que una evaluación del riesgo en la que basar la prohibición de importaciones de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 no puede tener por fundamento el concepto de "riesgo cero". De no ser así, todas las prohibiciones de importaciones se basarían en la evaluación de un riesgo ya que en lo que se refiere a la mayoría (si no a todas) en las importaciones existe, por remoto que sea, un riesgo (es decir, una posibilidad de que se registre un acontecimiento adverso).⁷⁷

En su comunicación del tercer participante, las Comunidades Europeas indican que esta declaración les resulta desconcertante. A las Comunidades Europeas les preocupa que la afirmación del Grupo Especial se pueda interpretar erróneamente en el sentido de que los Miembros no son libres de escoger el "riesgo cero" como nivel adecuado de protección al amparo del Acuerdo MSF. Si bien no se apela contra la declaración del Grupo Especial citada supra, deseamos señalar simplemente que es importante distinguir -tal vez más cuidadosamente de lo que lo hizo el Grupo Especial- entre la evaluación del "riesgo" en una evaluación del riesgo y la determinación del nivel adecuado de protección. Como señalamos en nuestro informe Comunidades Europeas - Hormonas, el "riesgo" evaluado en una evaluación del riesgo debe ser un riesgo verificable; la incertidumbre teórica "no es el tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, se ha de evaluar".⁷⁸ Ello no implica, sin embargo, que un Miembro no pueda determinar que su propio nivel adecuado de protección sea el "riesgo cero".

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.80.

⁷⁶ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 186.

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.81.

⁷⁸ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 186.

1. Al aplicar nuestro criterio de tres elementos, descrito en el párrafo 121 supra, al Informe final de 1996 con miras a determinar si dicho Informe cumple los requisitos previstos para la evaluación del riesgo en el párrafo 1 del artículo 5 y en la primera definición del párrafo 4 del Anexo A, observamos que el Grupo Especial constató que el Informe final de 1996 indica enfermedades cuya entrada, radicación o propagación Australia desea evitar, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas con la entrada, radicación o propagación de tales enfermedades. El Grupo Especial concluyó, por consiguiente, que "el Informe final de 1996 cumple el primer requisito de las evaluaciones del riesgo".⁷⁹ Nosotros concordamos con esa conclusión del Grupo Especial.

2. En lo que respecta al segundo requisito previsto para la evaluación del riesgo del tipo aplicable en este caso, a saber, la evaluación de la probabilidad de que se produzca una entrada, radicación o propagación de las enfermedades motivo de preocupación y las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas, observamos que el Grupo Especial indicó en el párrafo 8.82 de su informe que:

... [en el Informe final de 1996] se utilizan las palabras probabilidad (y posibilidad) en diferentes ocasiones y se evalúan los elementos de probabilidad de algunas de las enfermedades de que se trata.²⁷⁷ (itálicas añadidas)

²⁷⁷ En la reunión celebrada con expertos que asesoran al Grupo Especial, Australia declaró lo siguiente: "sostenemos que hemos realizado una evaluación probabilística del riesgo" y dio por supuesto que evaluar el riesgo como bajo o pequeño constituye una afirmación probabilística. (Transcripción, párrafo 155.)

Tras citar algunos extractos del Informe final de 1996 en que se evalúan los elementos de probabilidad⁸⁰, el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

Teniendo en cuenta las pruebas de que disponemos, tomamos nota de que el Informe final de 1996 cita algunos elementos de probabilidad y de posibilidad. Por consiguiente, sin llegar a una conclusión sobre este asunto, supondremos que cumple el requisito arriba indicado.⁸¹ (itálicas añadidas)

⁷⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.73.

⁸⁰ El Grupo Especial sólo citó un pasaje extraído del resumen, dos pasajes con respecto a dos enfermedades (*Aeromonas salmonicida* y *Parvicapsula* sp.), y un pasaje extraído de las conclusiones sobre los agentes patógenos. Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 8.82.

⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.83.

3. Con todo, estimamos que, sobre la base de los hechos constatados por el Grupo Especial, éste podía, y debía, haber llegado a la conclusión de que el Informe final de 1996 no contiene la "evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación" de las enfermedades de que se trata "y de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas" prevista en el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF. Como ya lo hemos destacado antes no basta realizar alguna evaluación de esa probabilidad.⁸²

4. Al formular nuestra conclusión de que el Informe final de 1996 no cumple el segundo requisito previsto para una evaluación del riesgo del tipo aplicable en este caso, nos basamos, en particular, en las constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial en el párrafo 8.83 de su Informe:

... que el Informe final de 1996, según señalan varios de los expertos que asesoran al Grupo Especial²⁸⁴, da mayor importancia que el Informe provisional de 1995 (en el que se basa el Informe final de 1996) a los elementos desconocidos e inseguros de la evaluación, lo que en ocasiones origina declaraciones generales y ambiguas sobre la simple posibilidad de que se produzcan efectos adversos. Se trata de declaraciones que no constituyen ni una evaluación cuantitativa ni una evaluación cualitativa de probabilidad.²⁸⁵

²⁸⁴ Respuestas de Wooldridge, página 6, citadas en el párrafo 8.76 y respuestas de Rodgers, página 1. ("El Informe provisional de 1995 como tal era un documento más útil, como evaluación interna del riesgo, puesto que evaluaba los datos y llegaba a la conclusión de que existía un riesgo insignificante, mientras que al mismo tiempo reconocía que no se podía cuantificar el riesgo general de introducción de la enfermedad. En el Informe final de 1996 se hacía más hincapié en los elementos desconocidos de la evaluación, por lo que era más prudente, llegando a un resultado más próximo a 'inaceptable' en la escala 'insignificante, pero aceptable/ inaceptable'.")

²⁸⁵ Esto hizo que los expertos que asesoran al Grupo Especial sobre este asunto llegaran a la conclusión de que el Informe final de 1996 no evalúa adecuadamente la probabilidad, que a su juicio se requiere. Véase la respuesta de Burmaster a la pregunta 1 del Grupo Especial, respuesta de Burmaster, página 1; Rodgers, Transcripción, párrafo 26: "En el Informe final los riesgos se evalúan por enfermedad, pero de forma verbal y en él no se asigna ninguna de las probabilidades que harían falta para alcanzar una conclusión. Por tanto, en este sentido me parece enteramente posible que no llegue a determinar ninguna probabilidad basada en los datos disponibles" y Wooldridge, Transcripción, párrafo 55 ("como en el Informe final solamente se examina la posibilidad, más que la probabilidad, de que se produzcan los resultados no deseados de la infección e importación de

⁸² Supra, párrafo 124.

enfermedades, en mi opinión no cumple en cualquier caso los requisitos esenciales de una evaluación del riesgo".)

5. Cabría añadir que la existencia de elementos desconocidos e inseguros no justifica el incumplimiento de los requisitos previstos para una evaluación del riesgo en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 5, leídos junto con el párrafo 4 del Anexo A. Recordamos que el párrafo 2 del artículo 5 establece que: "al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta los testimonios científicos existentes". Recordamos asimismo que el artículo 2, titulado "Derechos y obligaciones básicos", estipula en el párrafo 2 que "los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria ... esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5". Como hemos afirmado en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas, "el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5 se deben leer constantemente juntos. El párrafo 2 del artículo 2 inspira al párrafo 1 del artículo 5: los elementos que definen la obligación básica establecida en el párrafo 2 del artículo 2 dan sentido al párrafo 1 del artículo 5".⁸³

6. Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que el Informe final de 1996 no cumple el segundo requisito previsto para el tipo de evaluación del riesgo aplicable en este caso, a saber, la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de las enfermedades motivo de preocupación y de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas.

7. Pasamos a analizar ahora el tercer requisito para la evaluación del riesgo previsto de conformidad con los términos del párrafo 1 del artículo 5 y la primera definición que contiene el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF, a saber, la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una enfermedad según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse. Concordamos con el Grupo Especial en que las medidas que se pueden aplicar son aquellas que reducen los riesgos motivo de preocupación y que en el Informe final de 1996 se designan como factores de reducción de riesgos. Hacemos notar que el Grupo Especial tras señalar que el Informe final de 1996 examina un número considerable de distintos factores de reducción de riesgos en lo que respecta a las 24 enfermedades de motivo de preocupación⁸⁴, formuló la siguiente constatación fáctica:

⁸³ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 180.

⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.89. Se trata de los siguientes factores de reducción de riesgos: "restricción del lugar de origen, especies de origen, fase del ciclo vital; cuarentena antes y después de la expedición; comprobación del producto con pruebas que tengan elevada sensibilidad; tratamiento, maduración y almacenamiento durante un período de tiempo definido y a una temperatura determinada;

En lo que respecta a la mayoría de estos factores de reducción de riesgos, el Informe final de 1996 evalúa en cierta medida hasta qué punto pueden reducir el riesgo.⁸⁵ (itálicas añadidas)

8. En lo tocante a las opciones en materia de política de cuarentena que se considera reducen el riesgo total que llevan aparejadas todas las enfermedades examinadas, el Grupo Especial formuló las siguientes constataciones fácticas:

... que el Informe final de 1996 no evalúa de forma sustantiva los riesgos relativos de estas diversas opciones. Aunque la definición de evaluación del riesgo requiere una "evaluación ... según las medidas sanitarias ... que pudieran aplicarse", el Informe final de 1996 determina cuáles serán esas medidas pero no evalúa de ninguna forma sustancial su eficacia relativa para reducir el riesgo general de enfermedad.⁸⁶ (itálicas añadidas)

A continuación, el Grupo Especial hizo la siguiente observación:

Considerando las pruebas de que disponemos, recordamos que el Informe final de 1996 se refiere a una serie de factores de reducción del riesgo que en cierta medida evalúa, en particular en lo relativo a cada enfermedad. Por consiguiente, sin llegar a ninguna conclusión sobre esta cuestión, supondremos que el Informe final de 1996 ... sí efectúa esa evaluación según las medidas u opciones sanitarias que pudieran aplicarse y que se considere reducen el presunto riesgo.⁸⁷ (itálicas añadidas)

9. En nuestra opinión, las constataciones fácticas citadas supra formuladas por el Grupo Especial en los párrafos 8.89 y 8.90 de su informe no justifican esa suposición. Sobre la base de sus constataciones fácticas, el Grupo Especial debía haber llegado a la conclusión de que el Informe final de 1996 no cumple el tercer requisito previsto para el tipo de evaluación del riesgo aplicable en este caso, por cuanto no contiene la evaluación requerida de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de las enfermedades motivo de preocupación según las MSF que se

tratamientos (por ejemplo, tratamiento térmico, desinfección); limitación de la importación; vacunación; y certificación".

⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.89.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.90.

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.91.

puedan aplicar. Recordamos que, a diferencia del Grupo Especial, nosotros consideramos que no basta con alguna evaluación de esa probabilidad.⁸⁸

10. Concluimos, sobre la base de las constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial y de los requisitos para la evaluación del riesgo indicados más arriba, que el Informe final de 1996 no cumple ni el segundo ni el tercer requisito previsto para el tipo de evaluación del riesgo aplicable en este caso y que, por consiguiente, dicho Informe no constituye una evaluación adecuada del riesgo, en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y de la primera definición que contiene el párrafo 4 del Anexo A.

11. En vista de que hemos concluido que el Informe final de 1996 no constituye una evaluación adecuada del riesgo, y dado que dicho Informe era la única evaluación del riesgo presentada por Australia, concluimos que la medida objeto de examen, es decir, la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado, no se basa en una evaluación del riesgo conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF y que, por consiguiente, Australia ha actuado de forma incompatible con dicha disposición.

12. Observamos que el Grupo Especial, tras reiterar la declaración que formulamos con respecto a la relación existente entre el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 5 del artículo 5 en el asunto Comunidades Europeas – Hormonas, pasó a señalar lo siguiente:

... los párrafos 1 y 2 del artículo 5 ... "trazan y detallan una vía particular que conduce al mismo destino establecido en" el párrafo 2 del artículo 2. De hecho, en el caso de que una medida sanitaria no se base en una evaluación del riesgo según lo requerido en los párrafos 1 y 2 del artículo 5, cabe suponer de manera más general que esta medida no se basa en principios científicos ni deba mantenerse sin pruebas científicas suficientes. Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que si determinamos que se han vulnerado los párrafos 1 ó 2 del artículo 5, más específicos, cabe suponer que esta conclusión implica una violación de las disposiciones más generales del párrafo 2 del artículo 2. Reconocemos al mismo tiempo que, habida cuenta del carácter más general del párrafo 2 del artículo 2, no todas las violaciones de sus disposiciones suponen vulnerar los párrafos 1 y 2 del artículo 5.⁸⁹

⁸⁸ Supra, párrafo 124 del presente informe.

⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.52.

13. Concordamos con el Grupo Especial en que, y por ende concluimos que, al mantener una prohibición de las importaciones de salmón del Pacífico capturado en el océano fresco, refrigerado o congelado, violando así el párrafo 1 del artículo 5, Australia, en consecuencia, también ha actuado de forma incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF.

C. Párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF

14. La siguiente cuestión que analizamos es si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al llegar a la constatación de que Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

15. Basándose en nuestro informe sobre el asunto Comunidades Europeas - Hormonas⁹⁰, el Grupo Especial consideró:

... que se requieren tres elementos para que un Miembro proceda de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 5:

- que el Miembro de que se trate adopte distintos niveles adecuados de protección sanitaria en varias "diferentes situaciones";
- que aquellos niveles de protección demuestren diferencias que son "arbitrarias o injustificables"; y
- que la medida que comprenda esas diferencias tenga por resultado una "discriminación o restricción encubierta del comercio internacional".⁹¹

16. El Grupo Especial constató que se cumplían las tres condiciones y, en consecuencia, formuló la siguiente conclusión:

Como en este asunto están presentes los tres elementos del artículo 5.5, concluimos que Australia, al mantener la medida objeto de examen, actúa en forma incompatible con las obligaciones contraídas en virtud del artículo 5.5. Habiendo antes concluido que cabe presumir que una violación del artículo 5.5, más específico, entraña una violación del artículo 2.3, más general concluimos que en ese sentido Australia también actúa en forma incompatible con el artículo 2.3.⁹²

⁹⁰ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 214.

⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.108.

⁹² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.160.

17. Australia apela contra esa constatación de incompatibilidad con el párrafo 5 del artículo 5 y, en consecuencia, del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF. Aunque en sí no pone en entredicho el criterio jurídico de tres elementos aplicado por el Grupo Especial para establecer la incompatibilidad con el párrafo 5 del artículo 5, Australia sostiene que el Grupo Especial ha incurrido en una serie de errores de derecho al interpretar y aplicar dicho criterio.⁹³ Australia alega que al aplicar el párrafo 5 del artículo 5 el Grupo Especial se excedió de su mandato, incurrió en error en lo que respecta a la asignación y aplicación de la carga de la prueba, no hizo una evaluación objetiva del asunto conforme a lo estipulado en el artículo 11 del ESD y cometió una serie de errores de fondo en su interpretación y aplicación del párrafo 5 del artículo 5. La primera de esas alegaciones ya se ha analizado en la Parte VI del presente informe, y la segunda y la tercera alegación se abordan en las secciones A y B de la Parte VI. En esta sección nos centramos exclusivamente en los errores de derecho en cuanto al fondo que, según alega Australia, ha cometido el Grupo Especial en su interpretación y aplicación de cada uno de los tres elementos previstos en el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

1. Primer elemento del párrafo 5 del artículo 5

18. En lo que respecta al primer elemento del párrafo 5 del artículo 5, a saber, la existencia de distinciones en lo que se refiere a los niveles adecuados de protección en diferentes situaciones, el Grupo Especial citó nuestro informe sobre el asunto Comunidades Europeas – Hormonas, en el que afirmábamos que "las situaciones ... no pueden, por supuesto, compararse a menos que sean comparables, es decir, a menos que presenten algún elemento o algunos elementos comunes, que sean suficientes para que resulten comparables".⁹⁴ El Grupo Especial formuló la siguiente constatación:

... dadas las circunstancias de esta diferencia, podemos comparar situaciones a efectos del párrafo 5 del artículo 5 si esas situaciones entrañan un riesgo de "entrada, radicación o propagación" de la misma enfermedad o de una enfermedad similar o de las mismas o similares "consecuencias biológicas y económicas conexas", y esto independientemente del hecho de que surjan del mismo producto o de otros productos.⁹⁵ (ítilicas añadidas)

⁹³ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 146 y siguientes.

⁹⁴ Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 217.

⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.117.

19. Basándose en esta constatación, el Grupo Especial determinó que la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado para consumo humano y la autorización de las importaciones de i) arenque del Pacífico sin cocer, bacalao, eglefino, anguila japonesa y soya para consumo humano; ii) arenque del Pacífico sin cocer, bacalao del Atlántico y del Pacífico, eglefino, anguila europea y japonesa y lenguado de Dover para consumo humano; iii) arenque entero, congelado para uso como cebo ("arenque utilizado como cebo"); y iv) peces ornamentales vivos, son "diferentes" situaciones que pueden ser comparadas al amparo del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF.⁹⁶

20. Australia alega que el Grupo Especial incurrió en error al considerar que las situaciones son "diferentes", y por tanto "comparables", si entrañan bien un riesgo de entrada, radicación o propagación de la misma enfermedad o de una enfermedad similar, bien un riesgo de "posibles consecuencias biológicas y económicas conexas" idénticas o similares.⁹⁷ Australia sostiene que el Grupo Especial ha atribuido al término "riesgo" un significado que está en contradicción con el significado corriente del término utilizado en su contexto y a la luz del objeto y fin del Acuerdo MSF. Según Australia el "riesgo" que se ha de examinar es el riesgo evaluado en la evaluación del riesgo, es decir, el riesgo de entrada, radicación o propagación de varias enfermedades distintas y de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas.⁹⁸

21. Las situaciones que entrañan un riesgo de entrada, radicación o propagación de la misma enfermedad o de una enfermedad similar tienen suficientes elementos comunes para ser comparables con arreglo al párrafo 5 del artículo 5. De modo análogo, las situaciones que entrañan un riesgo de posibles consecuencias biológicas y económicas conexas idénticas o similares, también tienen suficientes elementos comunes para ser comparables al amparo de dicho artículo. Por consiguiente, consideramos que para que "diferentes" situaciones sean comparables con arreglo a lo previsto en el párrafo 5 del artículo 5, no es necesario que tanto la enfermedad como las consecuencias biológicas y económicas sean las mismas o similares. Reconocemos que, tal como señaló Australia, el riesgo que se debe examinar en una evaluación del riesgo, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 y con la primera definición de evaluación del riesgo incluida en el

⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.121. En adelante, nos referimos a estos grupos de importaciones como "otros pescados y productos de pescado".

⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 155 y siguientes, relativos al párrafo 8.117 del informe del Grupo Especial.

⁹⁸ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 159 y siguientes.

párrafo 4 del Anexo A, es el riesgo de la entrada, radicación o propagación de una enfermedad, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas. Con todo, no logramos entender en qué medida esto puede ser pertinente para establecer la comparabilidad de diferentes situaciones con arreglo al párrafo 5 del artículo 5, cuestión ésta que examina el Grupo Especial. En consecuencia, concluimos que el Grupo Especial estableció correctamente que las situaciones pueden ser comparadas al amparo del párrafo 5 del artículo 5 si entrañan bien un riesgo de entrada, radicación o propagación de la misma enfermedad o de una enfermedad similar, bien un riesgo de "posibles consecuencias biológicas y económicas conexas" que son las mismas o similares.

22. Además, observamos que el Grupo Especial examinó cada una de estas cuatro comparaciones y concluyó con respecto a las mismas que existe un riesgo de entrada, radicación o propagación de la misma enfermedad o de enfermedades similares y que el riesgo de posibles consecuencias biológicas y económicas conexas es el mismo o similar.⁹⁹

23. Australia alega asimismo que el Grupo Especial incurrió en error al examinar las consecuencias biológicas y económicas de la "introducción" de enfermedades en lugar de las consecuencias biológicas y económicas de la "entrada, radicación o propagación" de enfermedades.¹⁰⁰ Según Australia, la interpretación del Grupo Especial de la "entrada, radicación o propagación" como "introducción" de una enfermedad es contraria a las disposiciones del Acuerdo MSF relativas a la evaluación del riesgo, a saber, los párrafos 1 y 3 del artículo 5 y el Anexo A.¹⁰¹ Observamos que, según se desprende claramente del contexto de las deliberaciones pertinentes del Grupo Especial, éste simplemente utilizó la palabra "introducción" como forma abreviada de la expresión "entrada, radicación o propagación". El Grupo Especial define expresamente las consecuencias de la introducción de una enfermedad como "las consecuencias de una enfermedad una vez radicada en un país".¹⁰²

24. Además, aunque existiese una diferencia entre las consecuencias de la "introducción de una enfermedad" y las consecuencias de la "entrada, radicación o propagación de una enfermedad",

⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.121.

¹⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 168, en relación con el párrafo 8.121 del informe del Grupo Especial. Recordamos que las alegaciones presentadas por Australia con respecto a la carga de la prueba y al artículo 11 del ESD se abordan en la Parte VI del presente informe.

¹⁰¹ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 168.

¹⁰² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.121.

observamos que, en lo que atañe a la comparabilidad de las situaciones con arreglo al párrafo 5 del artículo 5, no hay nada que nos obligue a examinar éstas y no aquéllas. Aunque reconocemos que de conformidad con la definición de la evaluación del riesgo, en una evaluación del riesgo se ha de evaluar las consecuencias que entraña la "entrada, radicación y propagación de una enfermedad", no entendemos en qué medida esto puede ser pertinente para determinar la comparabilidad de las diferentes situaciones con arreglo al párrafo 5 del artículo 5.

25. Por último, Australia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al determinar que su examen de la comparabilidad de diferentes situaciones debe limitarse únicamente a los agentes patógenos efectivamente detectados. Según Australia, el Grupo Especial disminuyó el derecho de Australia de adoptar una posición de cautela al determinar su propio nivel adecuado de protección. Australia alega que el Grupo Especial no interpretó las disposiciones del párrafo 5 del artículo 5 en su contexto y a la luz del objeto y fin del Acuerdo MSF. A juicio de Australia, los términos "probabilidad" y "posibles" utilizados en la definición de "evaluación del riesgo" incluida en el párrafo 4 del Anexo A y los términos "principios científicos" y "testimonios científicos suficientes" incluidos en el párrafo 2 del artículo 2 indican claramente que el derecho básico en materia de MSF, establecido en el párrafo 1 del artículo 2, de adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de los animales no está supeditado a la existencia de pruebas científicas positivas de la detección de una enfermedad.¹⁰³

26. Observamos que, contrariamente a lo que alega Australia, el Grupo Especial no limitó su examen a la luz del párrafo 5 del artículo 5 a las enfermedades efectivamente detectadas en el salmón del Pacífico capturado en el océano, fresco, refrigerado o congelado. Es más, según se desprende claramente del anexo I del informe del Grupo Especial, titulado "Las cuatro comparaciones a que da lugar el párrafo 5 del artículo 5", el Grupo Especial examinó enfermedades motivo de preocupación de las que, según Australia, podría ser portador el salmón del Pacífico capturado en el océano fresco, refrigerado o congelado y que, sin embargo, aún no se han detectado en este tipo de salmón.¹⁰⁴ Observamos asimismo que el Grupo Especial afirmó expresamente que:

¹⁰³ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 181.

¹⁰⁴ Reconocemos que en la nota 469 incluida en el anexo I, el Grupo Especial afirma lo siguiente: "Al abordar la 'manifestación de la enfermedad' en el presente anexo nos centramos en determinar si el agente patógeno de que se trate se ha detectado o no en el producto objeto de preocupación. Somos conscientes de que de esa manera simplificamos la comparación y de que, si se dispusiera de más datos, podría efectuarse una comparación más adecuada. ...". A la luz de la información contenida en el propio anexo, estas palabras no pueden interpretarse en el sentido de que no se han tomado en consideración las enfermedades cuya existencia no haya sido detectada.

... En la medida en que se sabe que tanto los demás productos como los productos de salmón examinados con más detalle son portadores de uno de estos agentes patógenos o -como en el caso de los productos de salmón- despiertan una supuesta preocupación con respecto a ese agente patógeno, todos ellos pueden asociarse con el mismo tipo de riesgo, a saber, el riesgo de entrada, radicación o propagación de esa enfermedad.¹⁰⁵ (itálicas añadidas)

1. Además, estimamos que para que las situaciones sean comparables con arreglo al párrafo 5 del artículo 5, es suficiente que tengan en común el riesgo de entrada, radicación o propagación de una enfermedad motivo de preocupación. No es necesario que dichas situaciones tengan en común un riesgo de entrada, radicación o propagación de todas las enfermedades motivo de preocupación. Por consiguiente, aunque el Grupo Especial hubiese excluido de su examen algunas enfermedades motivo de preocupación cuya existencia no había sido detectada en el salmón del Pacífico capturado en el océano, fresco, refrigerado o congelado, ello no invalidaría su constatación, recogida en el párrafo 8.121, sobre situaciones comparables al amparo del párrafo 5 del artículo 5.

2. Por consiguiente, apoyamos la constatación formulada por el Grupo Especial en el párrafo 8.121 de su informe de que la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado para consumo humano y la autorización de las importaciones son situaciones "diferentes" que pueden ser comparadas al amparo del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF.¹⁰⁶

2. Segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5

3. En lo que respecta al segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5, a saber, la existencia de distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles adecuados de protección en diferentes

¹⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.119.

¹⁰⁶ Observamos que a continuación el Grupo Especial examinó si existía, para cada una de estas situaciones "diferentes", una distinción en los niveles de protección sanitaria. En el párrafo 8.129 formula la siguiente conclusión:

... Por consiguiente, en este caso suponemos que la diferencia bastante sustancial entre las medidas sanitarias impuestas por Australia ... [al salmón del Pacífico capturado en el océano] (prohibición de las importaciones) y las medidas impuestas en las otras cuatro situaciones (autorización de las importaciones, a menudo sin control; ...), refleja en efecto una diferencia en los niveles de protección que Australia considera adecuados con respecto a cada una de las cuatro comparaciones, en el sentido del primer elemento del párrafo 5 del artículo 5.

Esta constatación no es objeto de apelación.

situaciones, el Grupo Especial inició su análisis observando que en vista de la diferencia en las MSF y los correspondientes niveles de protección para los productos de salmón, por una parte, y las cuatro categorías de otros pescados y productos de pescado, por otra, cabría esperar que tal diferencia tuviera alguna justificación, por ejemplo, un riesgo más elevado derivado de las importaciones de salmón.¹⁰⁷ No obstante, el Grupo Especial añadió lo siguiente:

... los argumentos, informes, estudios y opiniones de expertos que se nos han presentado a este respecto, lejos de sugerir que ... [el salmón del Pacífico capturado en el océano], presentan un riesgo más alto, lo que justificaría las medidas sanitarias más estrictas impuestas a esos productos, prueban que las dos categorías de no salmónidos [arenque para cebo y peces ornamentales vivos], a las que se aplican medidas sanitarias más indulgentes representan un riesgo al menos tan alto, cuando no mayor, que el derivado del [salmón del Pacífico capturado en el océano].¹⁰⁸

4. En consecuencia, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que, sobre la base de la información que se le había sometido, las distinciones en los niveles de protección sanitaria que se reflejan en el trato dado por Australia al salmón del Pacífico capturado en el océano, por una parte, y al arenque para cebo y los peces ornamentales vivos, por otra, son "arbitrarias o injustificables" en el sentido del segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5.¹⁰⁹

5. Australia alega que el Grupo Especial incurrió en error al determinar que su examen a la luz del segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5 debe limitarse únicamente a los agentes patógenos efectivamente detectados en el salmón del Pacífico capturado en el océano. Australia formula las mismas objeciones respecto de esta limitación que en el contexto del primer elemento analizado supra.¹¹⁰

6. No concordamos con Australia en que el Grupo Especial excluyó de su examen a la luz del párrafo 5 del artículo 5 las enfermedades motivo de preocupación cuya existencia no se había detectado en el salmón del Pacífico capturado en el océano. El Grupo Especial tomó en cuenta expresamente enfermedades que, si bien no habían sido detectadas en el salmón del Pacífico capturado en el océano, sí habían sido detectadas en arenques para cebo y en peces ornamentales

¹⁰⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.133.

¹⁰⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.134.

¹⁰⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.141.

¹¹⁰ Véase el párrafo 150 del presente informe.

vivos.¹¹¹ Además, observamos que la inclusión en el examen efectuado a la luz del segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5 de todas las enfermedades motivo de preocupación cuya existencia no se ha detectado en el salmón del Pacífico capturado en el océano lógicamente hubiese conducido a la inclusión de todas las enfermedades motivo de preocupación que no se han detectado en arenques para cebo y en peces ornamentales vivos. Debido a la falta de información científica fiable, ese ejercicio se habría vuelto sumamente especulativo y, además, probablemente no hubiese alterado la constatación del Grupo Especial recogida en el párrafo 8.141 relativa al carácter "arbitrario o injustificable" de las distinciones en los niveles de protección.

7. Australia determinó expresamente que su nivel adecuado de protección con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano es "un nivel de protección sanitaria alto o 'muy conservador' encaminado a reducir el riesgo hasta llegar a 'niveles muy bajos', 'si bien no está basado en el enfoque de riesgo cero'".¹¹² El nivel de protección que se refleja en el trato que Australia confiere al arenque para cebo y los peces ornamentales vivos es definitivamente más bajo. Hacemos notar la constatación fáctica del Grupo Especial de que cabe suponer que el arenque y los peces ornamentales vivos representan un riesgo al menos tan alto, cuando no mayor, que el derivado del salmón del Pacífico capturado en el océano.¹¹³ En consecuencia, apoyamos la constatación del Grupo Especial recogida en el párrafo 8.141 de su informe, en la medida en que el Grupo Especial constató que se cumple el segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5.

3. Tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5

8. En lo tocante al tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5, a saber, que las distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección tienen por resultado "una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional", observamos que el Grupo Especial identificó tres "señales de aviso", así como tres "factores de naturaleza más sustancial" ("factores adicionales").¹¹⁴ El Grupo Especial consideró que cada una de estas "señales de aviso" y cada uno de estos "factores adicionales" pueden ser tomados en consideración en lo que respecta a su

¹¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.140.

¹¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.107.

¹¹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.134, citado en la parte pertinente del párrafo 154 del presente informe.

¹¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.149 y 8.158.

decisión relativa al tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5. En el párrafo 8.159 de su informe, el Grupo Especial formuló la siguiente conclusión:

Basándonos en todas las ' arenque ... para cebo y los peces ornamentales vivos, ... tiene[n] por resultado "una restricción encubierta del comercio internacional" en el sentido del tercer elemento del artículo 5.5.¹¹⁵ (itálicas añadidas)

9. Australia sostiene que el Grupo Especial cometió varios errores de derecho en cuanto al fondo al utilizar estas "señales de aviso" y estos "factores adicionales" para llegar a su conclusión respecto del tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5.¹¹⁶

10. La primera "señal de aviso" examinada por el Grupo Especial era el carácter arbitrario o injustificable de las distinciones en los niveles de protección.¹¹⁷ El Grupo Especial observó que en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas señalamos que:

"... el carácter arbitrario c internacional encubierta como una medida sanitaria o fitosanitaria para la protección de la vida o la salud humanas".¹¹⁸

En consecuencia, el Grupo Especial consideró que:

"... En [esta] diferencia, .

11. Según Australia, el Grupo Especial incurrió en error al conferir a la primera "señal de aviso" la categoría de prueba que demuestra que la medida tiene por resultado una restricción encubierta del comercio internacional.¹²⁰ Hemos de señalar, no obstante, que, según se desprende claramente del informe del Grupo Especial y, más concretamente, de la referencia que en él se hace a nuestro informe sobre el asunto Comunidades Europeas – Hormonas, el Grupo Especial consideró el

¹¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.159.

¹¹⁶ Australia alega asimismo que el Grupo Especial se excedió de su mandato, infringió las normas relativas a la carga de la prueba y no hizo una evaluación objetiva del asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del ESD. Dichas alegaciones se examinan en la sección B de la Parte IV y en las secciones A y B de la Parte VI del presente informe.

¹¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.149.

¹¹⁸ Informe adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 215.

¹¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.149.

¹²⁰ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 216.

carácter arbitrario o injustificable de las diferencias en los niveles de protección como una "señal de aviso", y no como una "prueba", de una restricción encubierta del comercio internacional.¹²¹

12. La segunda "señal de aviso" examinada por el Grupo Especial era la diferencia bastante sustancial en los niveles de protección entre la prohibición de las importaciones de salmón del Pacífico capturado en el océano y, por otro lado, la tolerancia de las importaciones de arenque para cebo o de peces ornamentales vivos.¹²² El Grupo Especial señaló que en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas habíamos estimado que:

"... el grado de la diferen

comercio internacional resulta efectivamente de la aplicación de una
medida".¹²³ (itálicas añadidas)

Sobre esta base, el Grupo Especial formuló la siguiente observación:

... consideramos que la d

Canadá.¹²⁴

13. Australia sostiene que en efecto esta segunda "señal de aviso" es de naturaleza análoga a la primera "señal de aviso" y que, por ende, no se debería tener en cuenta.¹²⁵ Nosotros, en cambio, observamos que, en este caso, el grado de diferencia en los niveles de protección (prohibición frente a tolerancia) es en realidad, como señala el Grupo Especial, "bastante sustancial". Por consiguiente, estimamos que es legítimo considerar esta diferencia como una señal de aviso independiente.

14. La tercera "señal de aviso" examinada por el Grupo Especial era la incompatibilidad de la MSF objeto de examen con el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF. El Grupo Especial consideró que su anterior constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 y con el párrafo 2 del artículo 2:

... podría, junto con otros f

2, cabría suponer que la medida objeto de examen constituye una
prohibición de importación, es decir, una restricción del comercio

¹²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.149.

¹²² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.150.

¹²³ Informe adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 240.

¹²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.150.

¹²⁵ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 217.

internacional "encubierta" como medida sanitaria. Recalamos, no obstante, que esa "señal de aviso" adicional no es por sí misma suficiente para concluir que la medida constituye una "restricción encubierta del comercio internacional".¹²⁶

15. Australia se opone a la utilización de esta incompatibilidad como una señal de aviso en el contexto del tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5.¹²⁷ Aduce que la incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 no puede "suponer" una constatación en relación con el párrafo 5 del artículo 5 ni reemplazarla. Observamos que la constatación de que una MSF no se basa en una evaluación de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales -bien porque no ha habido ninguna evaluación del riesgo o bien porque la evaluación del riesgo ha sido insuficiente- constituye un firme indicio de que esta medida no tiene en realidad por objeto la protección de la vida y la salud de las personas y los animales o a la preservación de los vegetales, sino que es una medida de restricción del comercio adoptada en forma de MSF, es decir, una "restricción encubierta del comercio internacional". En consecuencia, consideramos que la constatación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 constituye una señal de aviso apropiada de la existencia de una "restricción encubierta del comercio internacional".

16. El primer "factor adicional" examinado por el Grupo Especial, es el hecho de que las dos MSF, sustancialmente diferentes, que Australia aplica (prohibición de las importaciones en un caso y tolerancia de las importaciones en otro) conducen a una discriminación entre el salmón, de una parte, y el arenque utilizado como cebo y los peces ornamentales vivos, de otra. A juicio del Grupo Especial, el concepto de "restricción encubierta del comercio internacional" del párrafo 5 del artículo 5 incluye, entre otras cosas, las restricciones que constituyen una discriminación arbitraria o injustificable entre ciertos productos.¹²⁸

17. Australia sostiene que este primer "factor adicional", no es sino una combinación de las dos primeras "señales de aviso" y por consiguiente no representa una "prueba" adicional. Además, afirma que este primer "factor adicional" se basa en una analogía inadecuada con el artículo III del GATT de 1994 y en un concepto erróneo de discriminación, que, en el contexto del párrafo 5 del

¹²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.151.

¹²⁷ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 218 y 273-276.

¹²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.153.

artículo 5, implica, en opinión de Australia, una discriminación entre países¹²⁹, por lo que, según ese país, el primer "factor adicional" debe ser excluido.

18. Consideramos que, de hecho, el primer "factor adicional" debe ser excluido del examen del tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5. Todas las "distinciones arbitrarias o injustificables" en los niveles de protección llevan lógicamente aparejada una discriminación entre productos, con independencia de que se trate de los mismos productos (por ejemplo, una discriminación entre las importaciones de salmón procedentes de diferentes países o entre el salmón importado y el de origen nacional) o de productos distintos (por ejemplo, entre el salmón, de una parte, y el arenque utilizado como cebo o los peces ornamentales vivos de otra). En consecuencia el primer "factor adicional" no es diferente de la primera señal de aviso ni debe tenerse en cuenta como un factor distinto en la decisión acerca de si una MSF tiene por resultado "una restricción encubierta del comercio internacional".

19. El segundo "factor adicional" examinado por el Grupo Especial es el cambio sustancial y no explicado entre las conclusiones del Informe provisional de 1995 (en el que se recomendaba que se permitiera, con determinadas condiciones, la importación de salmón del Pacífico capturado en el océano) y del Informe final de 1996, (en el que se recomendaba que continuara prohibiéndose su importación). El Grupo Especial ha indicado que la razón decisiva para modificar la recomendación del Informe provisional de 1995 "bien pudo haberse inspirado en presiones internas para proteger a la industria australiana del salmón de la competencia derivada de las importaciones".¹³⁰

20. Australia aduce que el Grupo Especial ha incurrido en error al considerar que esta diferencia constituye un factor que debe tenerse en cuenta al examinar el tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5. Sostiene que el Grupo Especial ha atribuido indebidamente a una recomendación provisional la condición de MSF, y que ninguna disposición del Acuerdo MSF obliga a los Miembros de la OMC a aplicar recomendaciones provisionales a falta de nuevos testimonios científicos. Además, Australia sostiene que el Grupo Especial se ha negado a tener en cuenta sus argumentos y pruebas sobre la función de los informes y recomendaciones provisionales en el proceso de adopción de decisiones por los gobiernos. Según Australia, el Grupo Especial ha interpretado erróneamente las razones de la introducción de la QP86A. A juicio de ese país, el

¹²⁹ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 219 y 277-280.

¹³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.154.

Grupo Especial también ha incurrido en error al hacer especulaciones acerca de la influencia y del peso de los grupos de presión en la decisión de Australia de adoptar el Informe final de 1996.¹³¹

21. Estimamos que los argumentos de Australia carecen de fundamento. En primer lugar, observamos que, según el párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF, se entiende por una medida sanitaria del tipo pertinente a la presente diferencia una medida aplicada para proteger la salud y la vida de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de enfermedades. A la luz de esa definición, el Grupo Especial ha actuado acertadamente al considerar que la recomendación del Informe provisional de 1995 de permitir en determinadas condiciones la importación de salmón del Pacífico capturado en el océano es una recomendación de una MSF.

22. En segundo lugar, observamos que el Grupo Especial no ha afirmado en ningún momento que los Miembros de la OMC estén obligados a aplicar recomendaciones provisionales a falta de nuevos testimonios científicos. El Grupo Especial no ha formulado esa obligación. Observamos que el Grupo Especial ha reconocido expresamente que el cambio sustancial e inexplicado de opinión con respecto a la recomendación provisional de 1995 no constituye por sí misma prueba suficiente de que la medida tenga por resultado una restricción encubierta del comercio.¹³² El Grupo Especial se ha limitado a considerar que este factor podía "tenerse en cuenta junto con los demás factores" en el examen realizado en relación con el tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5. Coincidimos con el Grupo Especial y no aceptamos las críticas de Australia a la utilización por el Grupo Especial del Informe provisional de 1995, que el Grupo Especial ha utilizado acertadamente como "parte de la arquitectura" o "parte de un proceso"¹³³ que desembocó en el Informe final de 1996. No consideramos pertinentes al examen de los cambios sustanciales entre las conclusiones del Informe provisional de 1995 y del Informe final de 1996 las razones históricas de la introducción de la QP86A en 1975.

23. El tercer "factor adicional" que ha tenido en cuenta el Grupo Especial ha sido la falta de control sobre los movimientos interiores de productos de salmón en Australia en contraste con la prohibición de las importaciones de salmón del Pacífico capturado en el océano.¹³⁴ El Grupo

¹³¹ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 281-289.

¹³² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.154.

¹³³ Informe del Grupo Especial, nota 418 de pie de página.

¹³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.155.

Especial no ha llegado a una conclusión acerca de la existencia o naturaleza de esa supuesta diferencia, pero ha considerado que sus dudas acerca de si Australia aplica normas sanitarias igualmente estrictas "aunque probablemente no son en sí concluyentes, pueden también tenerse en cuenta, sumándose a otros factores", en su decisión sobre "si la medida objeto de examen tiene por resultado 'una restricción encubierta del comercio internacional' ".¹³⁵

24. Australia sostiene que el Grupo Especial ha incurrido en error al deducir que la compatibilidad con el párrafo 5 del artículo 5 exige o bien restricciones a la circulación de productos de salmón en Australia o bien la aplicación por Australia de una zonificación de las importaciones para garantizar el acceso a Australia del salmón del Pacífico capturado en el océano.¹³⁶

25. Observamos que, como ha reconocido Australia¹³⁷, el Grupo Especial no ha llegado a la conclusión de que, la supuesta falta de controles internos, vulnera el párrafo 5 del artículo 5 ni cualquier otra disposición del Acuerdo MSF, sino que se ha limitado a manifestar que tenía dudas de que Australia aplicara a los movimientos interiores de productos de salmón en su territorio normas sanitarias igualmente estrictas a las que aplicaba a la importación de productos de salmón, y ha considerado que se trataba de un factor que podía tenerse en cuenta en el examen realizado en relación con el tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5. Aunque consideramos que esas dudas no tienen demasiado peso, coincidimos con el Grupo Especial en que, a pesar de ello, pueden tenerse en cuenta.¹³⁸

26. En el análisis precedente, hemos confirmado las constataciones del Grupo Especial acerca de la primera, segunda y tercera "señales de aviso", así como sus constataciones sobre los "factores adicionales" segundo y tercero. Únicamente hemos revocado la constatación del Grupo Especial sobre el primer "factor adicional". No obstante, consideramos que esta revocación no afecta a la validez de la conclusión del Grupo Especial que figura en el párrafo 8.159 de su informe, conforme a la cual las "señales de aviso" y los "demás factores" considerados en su conjunto, llevan a la

¹³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.158.

¹³⁶ Véase la comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 290.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ El hecho de que esas dudas pueden tenerse en cuenta al examinar la existencia de discriminación en el contexto del párrafo 5 del artículo 5 no prejuzga la cuestión de si hay o no una violación de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2. Abordaremos esa cuestión en la sección F de la parte V del presente informe.

conclusión de que las diferencias en los niveles de protección impuestas por Australia tienen por resultado una restricción encubierta del comercio internacional.

27. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial de que, Australia, al mantener la medida objeto de examen, ha actuado en forma incompatible con las obligaciones contraídas en virtud del párrafo 5 del artículo 5, y, por ende, con el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF.¹³⁹

D. Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF

1. A continuación examinamos si el Grupo Especial ha errado al constatar que la MSF en litigio entraña un "grado de restricción del comercio mayor del requerido" para lograr el nivel adecuado de protección de Australia, y, por consiguiente, que Australia ha actuado en forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

2. Tras observar que el párrafo 6 del artículo 5 debe interpretarse teniendo en cuenta su contexto, y, en particular, el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF,¹⁴⁰ el Grupo Especial ha centrado su atención en la nota a pie de página al párrafo 6 del artículo 5.¹⁴¹ A juicio del Grupo Especial, con arreglo a esa nota, únicamente se considerará que una medida sanitaria o fitosanitaria entraña "un grado de restricción del comercio mayor que el requerido "si existe otra MSF:

- 1) "razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica";
- 2) "con la que se consiga el nivel adecuado de protección [...] [de Australia]; y
- 3) que sea "significativamente menos restrictiva del comercio" que la medida sanitaria impugnada.

El Grupo Especial ha estimado que es necesaria la concurrencia de esos tres elementos.¹⁴²

¹³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.160.

¹⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.165.

¹⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.167.

¹⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.167.

3. El Grupo Especial, al examinar los hechos de la diferencia a la luz de esos tres elementos, ha recordado en primer lugar que el Informe final de 1996 identifica cinco opciones posibles en materia de política de cuarentena, que van del termotratamiento a la simple evisceración:

1) Permitir la importación de productos eficazmente termotratados para neutralizar los agentes patógenos en cuestión; el producto puede ser termotratado

- antes de la exportación, o
- a su llegada, antes de su distribución general.

2) Aplicar, en parte o en todo, las recomendaciones del informe BRS "Aquatic Animal Quarantine in Australia: Report of the Scientific Working Party on Aquatic Animal Quarantine" [autorizando, por consiguiente, las importaciones de salmón, pero solamente de carne de salmón eviscerado y en filetes y siempre que se cumplan, entre otras, determinadas prescripciones en materia de certificación e inspección].

3) Permitir la importación de filetes preparados para su comercialización al por menor, que podrían ser distribuidos sin cocer en determinadas condiciones.

4) Aplicar las recomendaciones del proyecto de análisis de los riesgos de la importación del AQIS, y, en consecuencia, permitir la importación de productos de salmón sin cabeza, limpios y eviscerados en determinadas condiciones.

5) Permitir la importación de los productos que se ajusten a las normas internacionales vigentes para el comercio de productos de salmón destinados al consumo humano; la OIE recomienda la evisceración, y no considera necesario adoptar otras medidas para reducir el riesgo."¹⁴³

4. El Grupo Especial ha examinado a continuación si en alguna de las cuatro últimas opciones en materia de política de cuarentena (opciones 2 a 5, "las cuatro opciones") concurren los tres elementos que requiere la nota a pie de página al párrafo 6 del artículo 5. El Grupo Especial ha excluido la opción 1, puesto que se refiere a la exigencia de termotratamiento, que a juicio del Grupo Especial, constituye la MSF en relación con la cual han de examinarse las otras cuatro opciones.

5. En relación con el primer elemento que requiere el párrafo 6 del artículo 5, la existencia de otra MSF "razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica", el Grupo

¹⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.168, en el que se reproduce la lista de opciones en materia de política de cuarentena que figuraba en el Informe final de 1996, página 62.

Especial ha observado que el Informe final de 1996 presentaba las cuatro opciones como opciones "que merecen tenerse en cuenta", y ha constatado que de ello se deduce "que el Informe final de 1997 presentaba las cuatro opciones en cuestión como opciones de política general técnica y económicamente viables". En consecuencia, el Grupo Especial ha llegado a la conclusión de que concurre el primer elemento requerido por el párrafo 6 del artículo 5.¹⁴⁴

6. En lo que respecta al segundo elemento, si con alguna de esas cuatro opciones en materia de política de cuarentena se consigue el nivel adecuado de protección sanitaria [de Australia]", el Grupo Especial ha partido de la siguiente premisa:

el nivel de protección que supone o refleja una medida o un régimen sanitarios establecidos por un Miembro de la OMC es, al menos, tan elevado como el nivel de protección que ese Miembro estima adecuado.¹⁴⁵

Sobre la base de esa premisa, el Grupo Especial ha declarado lo siguiente:

Para determinar si alguna de las medidas alternativas se ajusta al nivel adecuado de protección de Australia, hemos de examinar si se ajustan al nivel de protección que se consigue actualmente con la medida en litigio.¹⁴⁶

Según el Grupo Especial, cabe presumir por consiguiente que el "nivel adecuado de protección" de Australia con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano es, al menos, tan elevado como el nivel de protección que supone la medida actualmente establecida, que, de hecho, a juicio del Grupo Especial y desde una perspectiva sanitaria, consiste en la exigencia de termotratamiento.¹⁴⁷

7. El Grupo Especial, siguiendo este razonamiento y atendiendo particularmente a la segunda opción en materia de política de cuarentena (certificación, inspección, evisceración y fileteado), ha

¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.171.

¹⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.173.

¹⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.173. Véase también el párrafo 8.175, en el que el Grupo Especial declaraba:

~~El Grupo Especial, al aplicar el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo, ha concluido que el nivel de protección que Australia exige para el salmón del Pacífico capturado en el océano es, al menos, tan elevado como el nivel de protección que Australia estima adecuado.~~

¹⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.173.

constatado que existen otras MSF disponibles con las que se conseguiría el nivel adecuado de protección de Australia¹⁴⁸, por lo que ha llegado a la conclusión de que concurre el segundo elemento del párrafo 6 del artículo 5.¹⁴⁹

8. En cuanto al tercer elemento, la necesidad de que alguna de las cuatro opciones en materia de política de cuarentena sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF actualmente aplicada, el Grupo Especial ha señalado que las cuatro opciones alternativas en materia de política de cuarentena descritas "permitirían las importaciones" de salmón del Pacífico capturado en el océano, aunque con ciertas condiciones, en tanto que la MSF aplicada actualmente equivale a una "prohibición tajante" y ha llegado por ello a la conclusión de que concurre también el tercer elemento del párrafo 6 del artículo 5.¹⁵⁰

9. Tras haber constatado que concurren los tres elementos que requiere el párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial ha llegado a la conclusión de que Australia, al mantener la medida en litigio, ha actuado de forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5.¹⁵¹

10. Observamos que, al examinar la alegación del Canadá al amparo del párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial se ha referido a su constatación anterior¹⁵² de que "la medida en litigio es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2" y ha decidido, en consecuencia, no ocuparse "de la relación jurídica entre el párrafo 6 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2".¹⁵³

11. Australia apela contra la constatación de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5. Australia acepta el triple criterio jurídico del párrafo 6 del artículo 5 en la forma establecida por el Grupo Especial, pero sostiene que éste ha incurrido en error de derecho, especialmente debido a la

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.176.

¹⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.181.

¹⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.182.

¹⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.183.

¹⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.99.

¹⁵³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.165.

forma en que ha examinado el segundo elemento requerido por el párrafo 6 del artículo 5, es decir si con alguna de las cuatro opciones se consigue el nivel adecuado de protección de Australia.¹⁵⁴

12. Según Australia, el Grupo Especial ha caracterizado de forma errónea la medida en vigor con la que se logra actualmente el nivel adecuado de protección de Australia. Australia afirma que el Grupo Especial ha determinado de hecho que el nivel adecuado de protección de Australia en lo que respecta al salmón fresco, refrigerado o congelado puede conseguirse mediante determinadas condiciones de termotratamiento.¹⁵⁵ En consonancia con la alegación de error en relación con la MSF en litigio, Australia sostiene que el Grupo Especial ha errado al considerar que el termotratamiento constituye el nivel de protección para el salmón fresco, refrigerado o congelado. Según Australia, su nivel de protección adecuado se materializa en la medida actualmente aplicada, es decir en la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado.¹⁵⁶

13. Recordamos que hemos llegado ya a la conclusión de que la MSF en litigio no es la exigencia termotratamiento, sino la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado.¹⁵⁷ Como hemos observado en el contexto de nuestro examen del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF, la medida que debe examinarse en el marco del Acuerdo MSF es, por consiguiente, la prohibición de las importaciones. El Grupo Especial tenía que examinar, en relación con el párrafo 6 del artículo 5, si la prohibición de las importaciones no entraña "un grado de restricción del comercio mayor que el requerido" para conseguir el nivel adecuado de protección de Australia. En lugar de ello, ha examinado si la exigencia de termotratamiento no entraña "un grado de restricción del comercio mayor que el requerido". Debido a este error, revocamos la constatación, que formula al Grupo Especial en el párrafo 8.183, de que Australia, al mantener la MSF en litigio, ha actuado de forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5.

14. En el informe del Grupo Especial no se examina si la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado no entraña "un grado de restricción del comercio mayor que

¹⁵⁴ Observamos que Australia alega también, en relación con el primer elemento requerido por el párrafo 6 del artículo 5, que el Grupo Especial ha aplicado indebidamente las reglas sobre la carga de la prueba. Nos ocupamos de esta alegación en la Parte VI, del presente informe.

¹⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 306.

¹⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 311.

¹⁵⁷ *Supra*, párrafo 105.

el requerido" para conseguir el nivel adecuado de protección de Australia, ni se formula ninguna constatación al respecto.

15. No obstante, en el mismo contexto y en la misma forma en que hemos realizado nuestro examen en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF, consideramos que -en la medida en que ello sea posible, sobre la base de las constataciones fácticas del Grupo Especial y/o de los hechos admitidos por las partes- debemos completar el análisis jurídico y determinar si la MSF de que realmente se trata, es decir, la prohibición por Australia de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado no entraña "un grado mayor de restricción del comercio que el requerido" para conseguir el nivel adecuado de protección de ese país.

16. Coincidimos con el Grupo Especial en que el párrafo 6 del artículo 5 y, en particular, la nota a pie de página a esa disposición, establece claramente un triple criterio para establecer la existencia de una violación del párrafo 6 del artículo 5. Como se ha observado ya, los tres elementos requeridos por el párrafo 6 del artículo 5 son que haya una MSF:

- 1) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica económica;
- 2) con las que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; y
- 3) que sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.

Estos tres elementos son acumulativos, en el sentido de que para establecer la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5, es necesario que concurran todos ellos. En caso de que no concurriera alguno de esos elementos, la medida en litigio sería compatible con el párrafo 6 del artículo 5. Así pues, en caso de que no haya ninguna otra medida disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, de que con esa medida alternativa no se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro, o de que la medida en cuestión no sea significativamente menos restrictiva del comercio, la medida en litigio será compatible con el párrafo 6 del artículo 5.

1. En lo que respecta al primero de los elementos requeridos, observamos la constatación fáctica del Grupo Especial de que hay otras MSF razonablemente disponibles, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica. Consideramos, en consecuencia, que concurre el primer elemento que requiere el párrafo 6 del artículo 5.

2. Con respecto al segundo elemento que requiere el párrafo 6 del artículo 5, es decir, que con las MSF alternativas disponibles se consiga el nivel adecuado de protección, señalamos que el Grupo Especial ha declarado, en el párrafo 8.173 de su informe, que "para determinar si alguna de las medidas alternativas se ajustan al nivel adecuado de protección de Australia, hemos de examinar si se ajustan al nivel de protección que se consigue actualmente con la medida en litigio". Como se ha observado antes, esta declaración se basa en la premisa del Grupo Especial de que cabe presumir que "el nivel de protección que supone o refleja una medida o régimen sanitario establecidos por un Miembro de la OMC es, al menos, tan elevado como el nivel de protección que ese Miembro estima adecuado". No compartimos la opinión del Grupo Especial.

3. Observamos que no cabe duda de que, en el presente caso, el nivel de protección que refleja la MSF en litigio, es decir, la prohibición de las importaciones, es un nivel de protección de "riesgo cero". No obstante, Australia ha afirmado expresamente que su nivel de protección adecuado es:

[...] un nivel de protección sanitaria alto o "muy conservador" encaminado a reducir el riesgo hasta llegar a "niveles muy bajos", "si bien no está basado en el enfoque de riesgo cero".¹⁵⁸

4. Al examinar la posición de Australia con respecto a su nivel adecuado de protección, el Grupo Especial ha señalado lo siguiente:

La decisión [...] [sobre su nivel de protección adecuado]. corresponde a Australia, pero, al adoptar esa decisión, ese país ha de actuar de forma compatible con el Acuerdo MSF, y en particular con su artículo 2 y con los párrafos 1, 3 y 6 de su artículo 5. El objeto del examen que realizamos en el marco del párrafo 6 del artículo 5 no es hacer un análisis de novo de cuál sea la medida que debería haber elegido Australia para lograr su nivel adecuado de protección. Pero, por otra parte, no podemos dejar esa decisión enteramente en manos de Australia para, prescindiendo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 5. El artículo 11 del ESD nos impone el mandato de "hacer una evaluación objetiva del asunto [que se nos ha] sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos".¹⁵⁹

5. No creemos que el artículo 11 del ESD, ni cualquier otra disposición del ESD o del Acuerdo MSF, autorice al Grupo Especial o al Órgano de Apelación, a reemplazar, a los efectos de la aplicación del párrafo 6 del artículo 5 en el presente caso, el razonamiento expuesto

¹⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.107.

¹⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.172.

sistemáticamente por Australia acerca del nivel de protección de que se trata por su propio razonamiento al respecto. La determinación del nivel adecuado de protección, un concepto que el párrafo 5 del Anexo A define como "el nivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria", es una prerrogativa de ese Miembro y no de un grupo especial o del Órgano de Apelación.

6. Hay que distinguir claramente entre el "nivel adecuado de protección" establecido por un Miembro y la "medida sanitaria o fitosanitaria".¹⁶⁰ No se trata de la misma cosa: el primero constituye un objetivo, y la segunda un instrumento elegido para conseguir o hacer realidad ese objetivo.

7. De las disposiciones del Acuerdo MSF puede deducirse que la determinación del "nivel adecuado de protección" por un Miembro precede lógicamente al establecimiento de una "MSF" o a la decisión de mantenerla. Las disposiciones del Acuerdo MSF aclaran también la correlación entre el "nivel adecuado de protección" y la "MSF".

8. Según el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF:

Los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes [...] si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado [...] (itálicas añadidas).

El artículo 5 del Acuerdo MSF, titulado "Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria", establece, en su párrafo 3:

Al evaluar el riesgo para la vida o la salud de los animales o la preservación de los vegetales y determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra ese riesgo [...] (itálicas añadidas).

El párrafo 4 del artículo 5 del Acuerdo MSF se refiere expresamente a la determinación del nivel adecuado de protección y prescribe lo siguiente:

¹⁶⁰ De nuestro informe en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 214, se deduce ya que hay que distinguir claramente entre el nivel de protección y la MSF aplicada.

Al determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio (itálicas añadidas).

9. La relación entre el "nivel adecuado de protección" y la "medida sanitaria y fitosanitaria" se establece quizás con la máxima claridad en el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, que dice:

[...] cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria [...] (la cursiva es nuestra)

El texto del párrafo 6 del artículo 5, y, en particular, la expresión "cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias" pone de manifiesto que la determinación del nivel de protección es un elemento del proceso de adopción de decisiones que precede lógicamente al establecimiento o mantenimiento de la MSF y es distinto de ellos. Es el nivel adecuado de protección el que determina la MSF que ha de establecerse o mantenerse, y no la MSF establecida o mantenida la que determina el nivel adecuado de protección. Deducir el nivel adecuado de protección de la MSF en vigor equivaldría a presumir que con la medida se logra siempre el nivel adecuado de protección determinado por el Miembro, lo que evidentemente no es posible.

10. En consecuencia, hemos llegado a la conclusión de que es errónea la afirmación del Grupo Especial según la cual "para determinar si alguna de las medidas alternativas se ajusta al nivel adecuado de protección de Australia, hemos de examinar si se ajustan al nivel de protección que se consigue actualmente con la medida en litigio". Lo que es necesario examinar en virtud del párrafo 6 del artículo 5 es si con otras MSF posibles se consigue el nivel adecuado de protección determinado por el Miembro de que se trate.

11. Reconocemos que el Acuerdo MSF no contiene una disposición expresa que obligue a los Miembros de la OMC a determinar el nivel adecuado de protección. No obstante, esa obligación está recogida implícitamente en diversas disposiciones del Acuerdo MSF y en particular, en el párrafo 3 del Anexo B, el párrafo 1 del artículo 4¹⁶¹, el párrafo 4 del artículo 5 y el párrafo 6 del

¹⁶¹ En particular, puede haber peticiones razonables de información formuladas por los Miembros interesados, en el sentido del párrafo 3 del Anexo B, en lo que respecta a la aplicación del artículo 4 del Acuerdo MSF. A nuestro juicio, los párrafos 1 y 2 del artículo 4 entrañan para el Miembro importador una obligación clara de determinar su nivel adecuado de protección.

artículo 5 del Acuerdo MSF.¹⁶² Por ejemplo, en relación con el párrafo 6 del artículo 5, observamos que resultaría claramente imposible examinar si con otras MSF se conseguiría el nivel adecuado de protección si el Miembro importador no estuviera obligado a determinar su nivel adecuado de protección.

12. Consideramos por consiguiente que Acuerdo MSF impone tácitamente la obligación de determinar el nivel adecuado de protección. No consideramos que haya obligación de determinar el nivel adecuado de protección en términos cuantitativos, lo que no quiere decir, no obstante, que un Miembro importador pueda determinar su nivel de protección en términos tan ambiguos o equívocos, que la aplicación de las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF, como el párrafo 6 del artículo 5, resulte imposible. Es evidente que no sería correcto interpretar el Acuerdo MSF de una forma que privara de eficacia a artículos o párrafos completos de ese Acuerdo y permitiera a los Miembros eludir las obligaciones que les impone.

13. Si bien en el presente caso Australia ha determinado su nivel adecuado de protección, y lo ha hecho con la precisión suficiente para que pueda aplicarse el párrafo 6 del artículo 5, estimamos que en caso de que un Miembro no determine su nivel adecuado de protección, o no lo haga con la suficiente precisión, los grupos especiales pueden establecer el nivel adecuado de protección tomando como base el nivel de protección que refleja la MSF efectivamente aplicada. De lo contrario, el incumplimiento por un Miembro de la obligación tácita de determinar -con precisión suficiente- su nivel adecuado de protección le permitiría eludir las obligaciones que le impone este Acuerdo, y, especialmente, las que le imponen los párrafos 5 y 6 de su artículo 5.

14. Recordamos que el segundo elemento que requiere el párrafo 6 del artículo 5 nos obliga a examinar si con alguna de las MSF alternativas posibles antes identificadas se conseguiría el nivel adecuado de protección de Australia. Para poder hacerlo, tendríamos que conocer, en primer lugar, el nivel de protección que podría conseguirse con cada una de esas otras MSF.

15. Observamos, no obstante, que como ya hemos declarado en el contexto de nuestro examen del párrafo 1 del artículo 5, el Grupo Especial ha formulado la siguiente constatación fáctica:

[...] el Informe final de 1996 no evalúa de forma sustantiva los riesgos relativos de estas diferentes opciones [las cuatro opciones en materia de política de cuarentena mencionadas en el

¹⁶² Además, puede aducirse que en el párrafo 8 del artículo 5 y del párrafo 4 del artículo 12 del Acuerdo MSF se deduce también implícitamente que los Miembros están obligados a determinar el nivel adecuado de protección.

Informe final de 1996]. Aunque la definición de evaluación del riesgo requiere una "evaluación ... según las medidas sanitarias ... que pudieran aplicarse", el Informe final de 1996 determina cuáles serán esas medidas pero no evalúa de ninguna forma sustancial su eficacia relativa para reducir el riesgo general de enfermedad.¹⁶³

16. Por esa razón resulta imposible verificar, de forma objetiva, sobre la base del Informe final de 1996, si con alguna de las demás opciones de política examinadas en ese Informe se conseguiría el nivel adecuado de protección de Australia con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano.

17. Observamos, además, que el informe del Grupo Especial no recoge otros elementos fácticos que nos permitan examinar otras opciones de política en materia de cuarentena, ya que el Grupo Especial sólo ha examinado tomando erróneamente como base de comparación el nivel de protección que supone la obligación de termotratamiento. Sobre esta base, el Grupo Especial ha formulado la constatación de que el Canadá ha establecido una presunción -que no ha sido refutada- de que existen otras medidas disponibles con las que se conseguiría el nivel adecuado de protección de Australia. El Grupo Especial ha tenido, no obstante, la precaución de añadir lo siguiente:

[...] Por consiguiente, nuestra constatación no avala ninguna de las opciones alternativas que hemos examinado, ni implica que la opción 2 permita de hecho conseguir el nivel adecuado de protección de Australia, ni que esa opción sea la única con la que puede lograrse ese nivel.¹⁶⁴

18. En consecuencia, no estamos en condiciones de completar el examen del segundo elemento que requiere el párrafo 6 del artículo 5, el relativo a si hay otra medida con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria.

19. Debido al error en que ha incurrido el Grupo Especial al examinar si la obligación de termotratamiento, y no la MSF de la que realmente se trata no entraña "un grado de restricción del comercio mayor del requerido", nos vemos obligados a revocar la constatación del Grupo Especial de que Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5.¹⁶⁵ No obstante, al revocar la constatación del Grupo Especial en relación con el párrafo 6 del artículo 5, no establecemos una conclusión acerca de si Australia ha violado o no el párrafo 6 del artículo 5. Aun

¹⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.90.

¹⁶⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.181.

¹⁶⁵ Véase el párrafo 191 del presente informe.

cuando cabe perfectamente que haya una violación del párrafo 6 del artículo 5, y posiblemente del párrafo 2 del artículo 2¹⁶⁶, pero no podemos llegar a una conclusión sobre esos aspectos debido a la insuficiencia de las constataciones fácticas del Grupo Especial y de los hechos admitidos por las partes.

E. Los párrafos 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF en relación con otras clases de salmón canadiense

20. La siguiente cuestión que hemos de abordar es si el Grupo Especial ha incurrido en error de derecho al aplicar de forma inadecuada el principio de economía procesal y, en particular, no hacer extensiva su evaluación de las alegaciones del Canadá en el marco de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 a otras clases de salmón canadiense.¹⁶⁷

21. Recordamos que, en sus constataciones, el Grupo Especial ha distinguido entre el salmón del Pacífico capturado en el océano y otras clases de salmón canadiense. El Grupo Especial ha constatado, tanto en relación con el salmón del Pacífico capturado en el océano, en el párrafo 8.99, como con otras clases de salmón canadiense, en el párrafo 8.59, que Australia, al mantener la medida en litigio, ha actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y, consecuentemente, con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF. No obstante, el Grupo Especial ha limitado sus constataciones en relación con el párrafo 5 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 3 del artículo 2, así como sus constataciones en relación con el párrafo 6 del artículo 5, al salmón del Pacífico capturado en el océano.

22. El Grupo Especial ha justificado de la siguiente forma esta limitación de los productos abarcados por sus constataciones en relación con el párrafo 5 del artículo 5, el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5:

Habida cuenta de que: 1) la mayoría de los estudios e informes de que disponemos, en particular el Informe final de 1996 (la única evaluación de riesgo oficial de Australia), examinan y se

¹⁶⁶ El artículo 2, titulado "Derechos y obligaciones básicos" prescribe en el párrafo 2 lo siguiente:

[l]os Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida [...] de los animales. (itálicas añadidas)

El establecimiento o mantenimiento de una MSF que suponga o refleje un nivel de protección más elevado que el nivel adecuado de protección determinado por el Miembro importador podría constituir una violación del requisito de necesidad impuesto por el párrafo 2 del artículo 2.

¹⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 24.

refieren específicamente al salmón del Pacífico adulto, capturado en el Océano (aunque los datos que contienen también pueden ser pertinentes a referirse a otros salmones) y 2) el propio Canadá también se ha centrado durante nuestras actuaciones en el salmón del Pacífico adulto, capturado en el Océano, nosotros por nuestra parte centraremos la atención y formularemos las preguntas entre paréntesis tanto a las partes como a los expertos que asesoran al Grupo Especial) en la indicada clase de salmón. Por todo ello, las pruebas y argumentos de que disponemos son pertinentes para los párrafos 5 y 6 del artículo 5 y se centran en el salmón del Pacífico adulto, capturado en el Océano. Por consiguiente, no consideramos adecuado o necesario "parar resolver el asunto debatido en la diferencia"²⁵¹ ocuparnos con detalle de los productos de salmón debatidos en ella, excepto el salmón del Pacífico adulto capturado en el Océano.¹⁶⁸

²⁵¹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, páginas 20 a 23, en relación con el asunto de la economía judicial, página 22 ("un grupo especial sólo necesita tratar las alegaciones que se deben abordar para resolver el asunto debatido en la diferencia").

23. El Canadá apela contra esta constatación. Alega que el Grupo Especial se ha basado para no evaluar la compatibilidad de la medida en litigio con los párrafos 5 y 6 del artículo 5 en lo que respecta a otras clases de salmón canadiense en una aplicación errónea del "principio de economía procesal" que hemos sentado en Estados Unidos - Camisas y blusas. Según el Canadá, esta aplicación indebida conduce a un resultado contrario a lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. El Canadá alega "subsidiariamente" que el examen limitado que ha hecho el Grupo Especial de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 ha prescindido de las amplias pruebas que se le habían presentado, por lo que constituye una violación del artículo 11 del ESD.¹⁶⁹

24. Australia no se refiere a las alegaciones del Canadá de error de derecho en lo que respecta a la economía procesal. Según Australia, salta a la vista que, en realidad, la economía procesal no ha sido la razón principal por la que el Grupo Especial ha limitado el ámbito de sus constataciones. Australia aduce que el Grupo Especial ha limitado sus constataciones en relación con los párrafos 5 y 6 del artículo 5 al salmón del Pacífico capturado en el océano porque el Canadá no ha presentado

¹⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.60.

¹⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 27.

pruebas suficientes que le permitieran formular constataciones con respecto a otras clases de salmón canadiense.¹⁷⁰

1. El principio de economía procesal

25. Como ha citado el Grupo Especial, en el asunto Estados Unidos - Camisas y Blusas, hemos declarado que "un grupo especial sólo necesita tratar las alegaciones que se deben abordar para resolver el asunto debatido en la diferencia".¹⁷¹

26. El asunto debatido en la diferencia queda establecido en el mandato del Grupo Especial, que generalmente se define en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Ésta debe contener una exposición tanto de la medida concreta en litigio como de los fundamentos de derecho de la reclamación.¹⁷² En virtud del mandato uniforme utilizado en este caso, el Grupo Especial debía¹⁷³:

Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que ha invocado el Canadá en el documento WT/DS18/2, el asunto sometido al OSD por el Canadá en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos.¹⁷⁴

27. El párrafo 7 del artículo 3 del ESD dispone lo siguiente:

[...] El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. [...]

Confirma lo anterior el párrafo 4 del artículo 3 del ESD, según el cual:

las recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión, de conformidad con los derechos y obligaciones dimanantes del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados.

¹⁷⁰ Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 30.

¹⁷¹ Informe adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 22.

¹⁷² El párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Los "fundamentos de derecho de la reclamación" incluyen las alegaciones del reclamante. Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, párrafo 141.

¹⁷³ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.4.

¹⁷⁴ WT/DS18/3/Rev.1, 11 de junio de 1997.

28. Dado que las recomendaciones y resoluciones del OSD están en función de las constataciones y recomendaciones de los grupos especiales (y del Órgano de Apelación) el Canadá sostiene que los grupos especiales deben abordar, como mínimo, las alegaciones abarcadas por el mandato que determinarán el proceso de aplicación. En caso de que una resolución sobre una alegación determine de forma suficiente el proceso de aplicación, sería superfluo que el Grupo Especial siguiera adelante. En cambio, en opinión del Canadá un grupo especial que abordara determinadas alegaciones, pero se abstuviera de abordar otras que configurarían mejor el proceso de aplicación, no habría resuelto necesariamente el asunto debatido.¹⁷⁵

29. El principio de economía procesal ha de aplicarse teniendo presente el objetivo del sistema de solución de diferencias, que consiste en resolver el asunto debatido y "hallar una solución positiva a las diferencias".¹⁷⁶ Llegar a una solución solamente parcial del asunto debatido sería una falsa economía procesal. Los grupos especiales tienen que abordar las alegaciones respecto de las que es necesaria una constatación para que el OSD pueda formular recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas como para permitir el pronto cumplimiento por el Miembro de que se trate de esas recomendaciones y resoluciones con miras a "asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros".¹⁷⁷

30. En el presente caso, el hecho de que el Grupo Especial haya formulado constataciones con respecto a la violación del párrafo 1 del artículo 5 en relación con otro salmón canadiense, sin formular también constataciones con respecto a los párrafos 5 y 6 del artículo 5, no permite que el OSD formule recomendaciones y resoluciones suficientemente precisas como para que Australia pueda cumplir las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo MSF con miras a asegurar la eficaz solución de esta diferencia con el Canadá. Una MSF puesta en conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 podría seguir siendo incompatible con el párrafo 5 del artículo 5, con el párrafo 6 de dicho artículo, o con ambos.

31. Además, no hay ninguna razón, al aplicar el principio de economía procesal, para examinar los párrafos 5 y 6 en relación únicamente con una categoría de los productos en litigio, es decir, el salmón del Pacífico capturado en el océano, y no emprender el mismo análisis en relación con las demás categorías, es decir, otras clases de salmón canadiense. El Grupo Especial no dio ninguna

¹⁷⁵ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafos 34-36.

¹⁷⁶ Párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

¹⁷⁷ Párrafo 1 del artículo 21 del ESD.

razón convincente por la examinó los párrafos 5 y 6 del artículo 5 únicamente en relación con una de las categorías de los productos en cuestión, es decir, el salmón del Pacífico capturado en el océano, y no realizó el mismo análisis en relación con las demás categorías, es decir, otras clases de salmón canadiense. La única explicación que dio el Grupo Especial de la limitación de su examen de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 en relación únicamente con el salmón del Pacífico capturado en el océano fue que "las pruebas y argumentos de que disponemos son pertinentes para los párrafos 5 y 6 del artículo 5 y se centran en el salmón del Pacífico adulto capturado en el océano".¹⁷⁸ (itálicas añadidas) El Grupo Especial no formuló ninguna constatación en el sentido de que el Canadá no había establecido una presunción prima facie con respecto a sus reclamaciones al amparo de los párrafos 5 y 6 del artículo 5 en relación con otras clases de salmón canadiense. Observamos que, a este respecto, el caso que se examina presenta similitudes con el del Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas ("Japón - Bebidas alcohólicas"), por cuanto en dicho caso consideramos que, al no haber examinado todos los productos incluidos en su mandato, el Grupo especial había incurrido en un error de derecho.¹⁷⁹ De forma análoga, en el presente caso el mandato no sólo incluye el salmón del Pacífico capturado en el océano, sino también otras clases de salmón canadiense.

32. En consecuencia, constatamos que el hecho de que el Grupo Especial ha incurrido en un error de derecho al no considerar apropiado o necesario abordar los párrafos 5 y 6 del artículo 5 con respecto a otras clases de salmón canadiense "para resolver la cuestión debatida".

2. Párrafo 5 del artículo 5

a) Primer elemento del párrafo 5 del artículo 5

33. Recordamos que, en lo que respecta al salmón del Pacífico capturado en el océano, el Grupo Especial examinó el primer elemento del párrafo 5 del artículo 5, a saber, la existencia de distinciones en los niveles adecuados de protección en diferentes situaciones, sobre la base de las cuatro comparaciones. En cada una de estas comparaciones, se compararon el salmón del Pacífico capturado en el océano con otros pescados y productos de pescado. El Grupo Especial constató que el salmón del Pacífico capturado en el océano y otros pescados y productos de pescado tienen

¹⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.60.

¹⁷⁹ Informe adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, página 31. Hay que señalar que el informe del Grupo Especial sobre el asunto Japón – Bebidas alcohólicas no había ninguna constatación sobre determinados productos, en tanto que en el presente caso hay una constatación en relación con el párrafo 1 del artículo 5, acerca de todos los productos incluidos en el mandato.

en común uno o varios agentes patógenos o -en el caso del salmón del Pacífico capturado en el océano- despiertan una supuesta preocupación con respecto a un agente patógeno. Según el Grupo Especial, la situación relativa al salmón del Pacífico capturado en el océano y las situaciones de otros pescados y productos de pescado son, por consiguiente, diferentes, es decir, comparables, en el sentido del primer elemento del párrafo 5 del artículo 5. Recordamos que hemos confirmado esa constatación.¹⁸⁰

34. Además, el Grupo Especial señaló que las importaciones de salmón del Pacífico capturado en el océano, fresco, refrigerado o congelado están prohibidas, mientras que se permiten, en determinadas condiciones, las importaciones de otros pescados y productos de pescado. Esa diferencia en las MSF refleja una diferencia en los niveles adecuados de protección. El Grupo Especial constató, sobre esa base, distinciones en los niveles adecuados de protección en las diferentes situaciones abarcadas en las cuatro comparaciones.¹⁸¹

35. En su examen de la comparabilidad de las situaciones con arreglo al primer elemento del párrafo 5 del artículo 5, el Grupo Especial únicamente tomó en consideración el salmón del Pacífico capturado en el océano, pero no otras clases de salmón canadiense. El Grupo Especial no examinó si otros salmones u otros pescados y productos de pescado del Canadá tienen en común uno o varios agentes patógenos, o -en el caso de otras clases de salmón canadiense-, si despiertan una supuesta preocupación con respecto a un agente patógeno.¹⁸² Por consiguiente, el Grupo Especial no llegó a una conclusión sobre si la situación relativa a las otras clases de salmón canadiense y las situaciones relativas a otros pescados y productos de pescado son comparables en el sentido del primer elemento del párrafo 5 del artículo 5.

36. No obstante, a nuestro juicio, la comparabilidad de dichas situaciones con arreglo al párrafo 5 del artículo 5 no depende de un conocimiento exacto de la naturaleza y del número de las enfermedades efectivamente detectadas o que podrían afectar a otras clases de salmón canadiense. La situación de las otras clases de salmón canadiense puede ser la misma que la del salmón del

¹⁸⁰ Supra, párrafo 153.

¹⁸¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.129. Véase también la nota a pie de página 106 del presente informe.

¹⁸² Cabe señalar que en el cuadro 3 del párrafo 4.41 del informe del Grupo Especial, en el que se enumeran todas las enfermedades que son un motivo de preocupación para Australia, se refleja una amplia concordancia entre las partes en lo que respecta a la presencia de dichos agentes en el salmón procedente del Canadá. Sin embargo, en ese cuadro no se hace una distinción entre el salmón del Pacífico capturado en el océano y otras clases de salmón procedentes del Canadá.

Pacífico capturado en el océano; puede ser mejor o peor. Por consiguiente, los riesgos para el medio acuático australiano que entrañan las importaciones de otras clases de salmón canadiense pueden ser idénticos a los derivados de las importaciones de salmón del Pacífico capturado en el océano o menores o mayores. Con todo, dichas diferencias, si las hubiere, no restan importancia a las

comparaciones con otros pescados y productos de pescado, como las efectuadas en las cuatro comparaciones. Tampoco reducen la comparabilidad de los riesgos que entrañan para el medio acuático australiano las importaciones de, por una parte, otras clases de salmón canadiense y, por otra, otros pescados y productos de pescado.

37. Además, recordamos que el Grupo Especial señaló, en el contexto de su examen del párrafo 5 del artículo 5 con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano, que Australia había definido expresamente su nivel adecuado de protección como "un nivel de protección sanitaria alto o 'muy conservador' encaminado a reducir el riesgo hasta llegar a 'niveles muy bajos', 'si bien no ... [un] enfoque de riesgo cero'".¹⁸³ No obstante, las declaraciones formuladas por Australia respecto de su nivel adecuado de protección, de las que hizo mención el Grupo Especial, no se limitan al salmón del Pacífico capturado en el océano, sino que se aplican a todas las clases de salmón objeto de la diferencia, incluidas las demás clases de salmón canadiense.¹⁸⁴ En consecuencia, consideramos que, en lo que respecta a otras clases de salmón canadiense, el nivel adecuado de protección aplicado por el Canadá también es un nivel de protección alto o muy conservador encaminado a reducir el riesgo hasta llegar a niveles muy bajos, aunque no a un nivel de riesgo cero.

38. Australia no determinó expresamente los niveles adecuados de protección para otros pescados y productos de pescado. Recordamos, no obstante, que, en determinadas circunstancias, está permitida la importación de otros pescados y productos de pescado. Los niveles adecuados de protección reflejados en las MSF aplicadas a otros pescados y productos de pescado no son, por consiguiente, "muy conservadores", por lo que difieren de los niveles adecuados de protección determinados para el salmón del Pacífico capturado en el océano.

¹⁸³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.107.

¹⁸⁴ Véase además de las referencias formuladas en apoyo del párrafo 8.107 (notas de pie de página 326, 327 y 328), la nota de pie de página 274 del informe del Grupo Especial.

39. En consecuencia, concluimos que, en lo que respecta a otras clases de salmón canadiense, existen distinciones en los niveles adecuados de protección en situaciones diferentes, y por ende comparables, y que se cumple el primer elemento del párrafo 5 del artículo 5.

b) Segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5

40. Recordamos que, en lo que respecta al salmón del Pacífico capturado en el océano, el Grupo Especial inició su análisis del segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5, a saber, la existencia de distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles adecuados de protección, señalando que, en vista de la diferencia en la MSF en cuestión y en los correspondientes niveles adecuados de protección con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano, por una parte, y los otros pescados y productos de pescado, por otra, cabría esperar que esa diferencia tuviera alguna justificación, como por ejemplo, un riesgo más elevado derivado de las importaciones de productos de salmón. Sin embargo, el Grupo Especial señaló que los argumentos, informes, estudios y opiniones de expertos presentados a ese respecto parecen indicar lo contrario y que esos datos prueban que las dos categorías de no salmónidos a las que se aplican MSF más indulgentes, a saber, el arenque para cebo y los peces ornamentales vivos, presumiblemente representan un riesgo al menos tan alto, cuando no mayor, que el asociado al salmón del Pacífico capturado en el océano.¹⁸⁵ El Grupo Especial constató que las distinciones en los niveles de protección aplicados al salmón del Pacífico capturado en el océano, por una parte, y el arenque para cebo y los peces ornamentales vivos, por otra, son arbitrarias o injustificables. En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que se cumple el segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5.¹⁸⁶ Recordamos que confirmamos esa constatación.¹⁸⁷

41. En nuestra opinión, ese razonamiento se aplica también a otros salmones del Canadá. Estimamos que la posibilidad de que otros salmones del Canadá puedan representar un riesgo mayor para la población australiana de salmónidos que el salmón del Pacífico capturado en el océano no afecta a ese razonamiento. Observamos que el Grupo Especial consideró que la información que se le había sometido parecía indicar que las importaciones de arenque para cebo y

¹⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.134.

¹⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.141.

¹⁸⁷ *Supra*, párrafo 158.

de peces ornamentales vivos representan un riesgo de introducción de enfermedades mayor que el derivado de las importaciones de productos de salmón para consumo humano.¹⁸⁸

42. Por consiguiente, concluimos que en lo que respecta a otros salmones del Canadá se cumple el segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5.

c) Tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5

43. Por último, recordamos que, en lo que respecta al salmón del Pacífico capturado en el océano, el Grupo Especial examinó el tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5, a saber, la existencia de una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, tomando en cuenta las tres "señales de aviso" y los tres "factores adicionales". Sobre la base de dichas "señales de aviso" y "factores adicionales", considerados en su conjunto, el Grupo Especial constató que las distinciones en los niveles de protección impuestos por Australia con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano, por una parte, y al arenque para cebo y los peces ornamentales vivos, por otra, tienen por resultado una restricción encubierta del comercio internacional. Recordamos que confirmamos esa constatación.¹⁸⁹

44. La prohibición de las importaciones impuesta por Australia se aplica tanto al salmón del Pacífico capturado en el océano como a otros salmones del Canadá. En el contexto de nuestro examen del tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5, no vemos ningún motivo razonable por el que las conclusiones formuladas respecto del salmón del Pacífico capturado en el océano no deberían ser válidas también para otros salmones procedentes del Canadá. Si se ha constatado correctamente que las distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección para el salmón del Pacífico capturado en el océano, por una parte, y el arenque para cebo y los peces ornamentales vivos, por otra, tienen por resultado una restricción encubierta del comercio internacional, las distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección previstos para otros salmones del Canadá, por una parte, y el arenque para cebo y los peces ornamentales vivos, por otra, necesariamente también tendrán por resultado una restricción encubierta del comercio internacional.

45. De hecho, estimamos que, en lo que respecta a una de las "señales de aviso", existen incluso más motivos para concluir que las restricciones arbitrarias o injustificables en los niveles de

¹⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.137.

¹⁸⁹ Confirmamos esa constatación, aunque revocamos la constatación intermedia formulada por el Grupo Especial respecto del primer "factor adicional". Véanse los párrafos 177 y 178 del presente informe.

protección previstos para otros salmones del Canadá, por una parte, y el arenque para cebo y los peces ornamentales vivos, por otra, tienen por resultado una restricción encubierta del comercio internacional. En el contexto de su examen relativo al salmón del Pacífico capturado en el océano, el Grupo Especial consideró que la "insuficiencia" del Informe final de 1996, como evaluación del riesgo que justifique razonablemente la MSF de conformidad con los términos del párrafo 1 del artículo 5, constituye una "señal de aviso" en el examen efectuado a la luz del tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5. En lo que respecta a otros salmones del Canadá, ni siquiera se ha iniciado una evaluación del riesgo.

46. Por ende, concluimos que, en lo referente a otros salmones del Canadá, también se cumple el tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5 y que Australia, al mantener su prohibición de las importaciones respecto de todos los salmones procedentes del Canadá, ha actuado de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF.

3. Párrafo 6 del artículo 5

1. En lo que respecta al salmón del Pacífico capturado en el océano, el Grupo Especial concluyó que la MSF objeto de examen -que, según el Grupo Especial, era la prescripción de termotratamiento- entraña "un grado de restricción del comercio mayor del requerido" para lograr el nivel adecuado de protección previsto por Australia y que, por consiguiente, Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Australia apeló contra esa constatación del Grupo Especial. Recordamos que, habida cuenta del error en que incurrió el Grupo Especial al examinar si la prescripción de termotratamiento y no la MSF realmente objeto de examen, a saber, la prohibición de las importaciones, entrañaba "un grado de restricción del comercio mayor del requerido", revocamos la constatación del Grupo Especial según la cual Australia había actuado de forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5. Observamos que, al revocar la constatación del Grupo Especial respecto del párrafo 6 del artículo 5, no concluimos si la prohibición de las importaciones impuesta por Australia al salmón del Pacífico capturado en el océano era o no compatible con el párrafo 6 del artículo 5. Recordamos que no nos fue posible llegar a una conclusión definitiva respecto de esta cuestión debido a la insuficiencia de constataciones fácticas pertinentes formuladas por el Grupo Especial y de hechos que no fuesen objeto de controversia entre las partes.

2. Por esos mismos motivos, nos fue imposible llegar a una conclusión con respecto a la compatibilidad de la prohibición de las importaciones de otras clases de salmón canadiense con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

F. Párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF

3. La última cuestión sustantiva que abordamos es si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al no formular una constatación en el sentido de que Australia ha actuado de forma incompatible con la primera frase del párrafo 3 del artículo 2, con independencia de su constatación de que Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

4. Las constataciones formuladas por el Grupo Especial con respecto al párrafo 3 del artículo 2 se limitan a las declaraciones siguientes:

8.109 [...] Llegamos a la conclusión de que si constataráramos que los tres elementos establecidos en el párrafo 5 del artículo 5 -incluido, en particular, el tercer elemento- están presentes y que, en consecuencia, se ha violado el párrafo 5 del artículo 5, más específico, puede

presumirse que esa constatación implica que se ha violado también el párrafo 3 del artículo 2, que es más general.

8.160 [...] Como en este asunto están presentes los tres elementos del artículo 5.5, concluimos que Australia, al mantener la medida objeto de examen, actúa en forma incompatible con las obligaciones contraídas en virtud del artículo 5.5. Habiendo antes concluido que cabe presumir que una violación del artículo 5.5, más específico, entraña una violación del artículo 2.3, más general, concluimos que en ese sentido Australia también actúa en forma incompatible con el artículo 2.3.

8.184 Al haber constatado que la medida objeto de la diferencia es incompatible con las prescripciones de los párrafos 1 y 5 del artículo 5 y del párrafo 6 del artículo 5 y que, por esa razón, es asimismo incompatible con las prescripciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 2, no consideramos necesario seguir examinando las restantes alegaciones formuladas por el Canadá al amparo del artículo 2, ni sus alegaciones al amparo del artículo 3.

5. En su apelación, el Canadá aduce que el Grupo Especial ha incurrido en error al aplicar únicamente la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 en el marco del párrafo 5 del artículo 5, en

lugar de atender al párrafo 3 del artículo 2 en tanto que disposición que establece una obligación independiente. El Canadá critica al Grupo Especial por no haber constatado, además de la existencia de una violación del párrafo 5 del artículo 5, que se había violado lo dispuesto en la primera frase del párrafo 3 del artículo 2.¹⁹⁰ El Canadá sostiene también que, al aplicar la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 en función únicamente de su análisis del párrafo 5 del artículo 5, el Grupo Especial ha agravado el error que ha cometido al reducir el análisis del párrafo 5 del artículo 5, y las constataciones formuladas en relación con ese párrafo, al salmón del Pacífico capturado en el océano.¹⁹¹

6. En lo que respecta al segundo motivo de apelación del Canadá, nos remitimos a la sección E de la Parte V de nuestro informe, en la que nos ocupamos, entre otras cosas, del hecho de que el Grupo Especial no haya hecho extensivas sus constataciones en relación con el párrafo 5 del artículo 5 y, por ende, con el párrafo 3 del artículo 2, a otras clases de salmón canadiense. En la presente sección nos ceñiremos al primer motivo de apelación del Canadá.

7. Observamos que, de hecho, el Grupo Especial no ha examinado la alegación del Canadá de que la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado viola lo dispuesto en la primera frase del párrafo 3 del artículo 2. El Canadá adujo ante el Grupo Especial que Australia no controla la circulación dentro del país de productos de salmónidos entre Estados infectados y Estados no afectados por las enfermedades para proteger a sus poblaciones de salmónidos de agentes patógenos para los salmónidos, como el VNHE. En contraste con esta falta de control de la circulación interior de productos de salmónidos, Australia prohíbe completamente la importación de salmón fresco, refrigerado y congelado. El Canadá adujo ante el Grupo Especial que, en ese sentido, la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado constituye una discriminación arbitraria o injustificable entre los productos de salmónidos importados del Canadá y los productos de salmónidos australianos, por lo que Australia ha actuado en forma incompatible con lo dispuesto en la primera frase del párrafo 3 del artículo 2.

8. No creemos que el Grupo Especial, al abstenerse de examinar la alegación del Canadá en relación con la primera frase del párrafo 3 del artículo 2, haya tenido la intención de negar que esa disposición establece una obligación independiente de la recogida en el párrafo 5 del artículo 5. Observamos que el Grupo Especial, aunque ha manifestado que el párrafo 5 del artículo 5 establece derechos y obligaciones más específicos y pormenorizados que los "derechos y obligaciones

¹⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por el Canadá, párrafo 10.

¹⁹¹ Ibid.

básicos" establecidos de manera bastante amplia en el párrafo 3 del artículo 2¹⁹², ha reconocido expresamente

[...] que, dado el carácter más general del párrafo 3 del artículo 2, no todas las violaciones de este último están previstas en el párrafo 5 del artículo 5.¹⁹³

1. Además, el Grupo Especial ha aclarado que se abstenia de examinar separadamente la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 porque no consideraba necesario tal examen, al haber constatado ya que la medida objeto de la diferencia es incompatible con las prescripciones de los párrafos 1 y 5 del artículo 5 y del párrafo 6 del artículo 5 y que, por esa razón, es asimismo incompatible con las prescripciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 2.¹⁹⁴ En otras palabras, el Grupo Especial se ha abstenido de realizar un examen separado del párrafo 3 del artículo 2 por razones de economía procesal, y no por considerar que la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 no establece ninguna obligación distinta de las recogidas en el párrafo 5 del artículo 5.

2. Según la primera frase del párrafo 3 del artículo 2:

Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros [...]

3. Esta disposición recoge obligaciones similares a las derivadas del párrafo 1 del artículo I y del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, e incorpora en parte la "introducción" al artículo XX del GATT de 1994. El primer párrafo del preámbulo del Acuerdo MSF refleja la importancia fundamental de esta disposición en el contexto del Acuerdo.

4. Recordamos que el tercer -y decisivo- elemento del párrafo 5 del artículo 5, analizado antes, requiere una constatación de que la MSF que incorpora distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección tiene por resultado "una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional". En consecuencia, la constatación de que se ha violado el párrafo 5 del artículo 5 implica necesariamente la existencia de una violación de lo dispuesto en las frases primera o segunda del párrafo 3 del artículo 2. La existencia de una discriminación "entre

¹⁹² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.48.

¹⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.109.

¹⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.184.

Miembros" o "entre su propio territorio y el de otros Miembros", en el sentido de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2, puede establecerse siguiendo la vía compleja e indirecta trazada y detallada en el párrafo 5 del artículo 5¹⁹⁵, pero es evidente que esa vía no es la única que puede seguirse para llegar a la constatación de que una MSF supone una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2. Cabe constatar la existencia de una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de ese precepto, sin examinar el párrafo 5 del artículo 5.

5. Analizamos a continuación si la medida en litigio, es decir la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado, vulnera lo dispuesto en la primera frase del párrafo 3 del artículo 2.

6. Recordamos, que, en el contexto de su examen del tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5, el Grupo Especial ha manifestado sus dudas acerca de la aplicación por Australia a los movimientos interiores de productos de salmón de normas sanitarias igualmente estrictas que las aplicadas a la importación de productos de salmón. El Grupo Especial no ha llegado a una conclusión en relación con esta supuesta diferencia en las normas sanitarias, sino que se ha limitado a reconocer los argumentos expuestos tanto por el Canadá como por Australia y a manifestar "que no creía que tratar de comparar" el riesgo derivado de la NHA con el derivado de las enfermedades que constituían motivo de inquietud para Australia con respecto al salmón del Pacífico capturado en el océano reportara ventaja alguna.¹⁹⁶ El Grupo Especial ha manifestado asimismo que no creía tampoco que reportara ventaja alguna tratar de comparar las distintas medidas impuestas por Australia para hacer frente a esos riesgos.¹⁹⁷ El análisis del Grupo Especial se caracteriza por la cautela y la ausencia de constataciones fácticas.

7. En el contexto de un examen de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2, sería necesario determinar en primer lugar el riesgo resultante para la población de salmónidos de Australia de enfermedades que, como la NHE, son endémicas en algunas partes de Australia y no afectan a otras. Pero no contamos en este punto con constataciones fácticas del Grupo Especial ni con

¹⁹⁵ En Comunidades Europeas – Hormonas, hemos señalado que el párrafo 5 del artículo 5 "traza y detalla una vía particular que conduce al mismo destino establecido en el párrafo 3 del artículo 2" (sin cursivas en el original). Informe adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 212.

¹⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.157.

¹⁹⁷ Ibid.

hechos admitidos por las partes. Por consiguiente, nos resulta imposible determinar si la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado, tanto en el caso del salmón del Pacífico capturado en el océano como en el de otras clases de salmón canadiense, constituye una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF.

VI. Cuestiones de procedimiento

8. Australia plantea una serie de cuestiones de procedimiento en relación con el desarrollo de las actuaciones del Grupo Especial y con el examen del asunto por éste. Esas cuestiones afectan a la asignación y aplicación de la carga de la prueba; su obligación de hacer una evaluación objetiva del asunto en cumplimiento del artículo 11 del ESD, a la admisión y examen por el Grupo Especial de determinadas pruebas; y a su respuesta a la petición de Australia de presentar una tercera comunicación escrita en contestación a la exposición oral hecha por el Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial con las partes.

A. Carga de la prueba

9. En primer lugar, Australia alega que el Grupo Especial ha incurrido en error al asignar y aplicar la carga de la prueba con arreglo a los artículos 2 y 5 del Acuerdo MSF. En el párrafo 8.40 de su informe, el Grupo Especial se ha remitido a nuestro informe en el asunto Comunidades Europeas - Hormonas, en el que se declaraba lo siguiente:

Inicialmente la carga de la prueba corresponde al reclamante, que debe acreditar prima facie la incompatibilidad con determinada disposición del Acuerdo MSF en que haya incurrido el demandado, o más concretamente, la incompatibilidad de las medidas sanitarias o fitosanitarias del demandado contra las cuales reclama. Cuando ello se haya acreditado prima facie, la carga de la prueba se desplaza al demandado, que debe a su vez contrarrestar o refutar la incompatibilidad alegada [...].¹⁹⁸

En aplicación de esta regla, el Grupo Especial ha constatado lo siguiente:

Por consiguiente, en la presente diferencia incumbe al Canadá acreditar la presunción de incompatibilidad de la medida australiana de que se trata con cada una de las disposiciones del Acuerdo MSF que invoca el Canadá. Una vez hecho esto, corresponde a Australia

¹⁹⁸ Informe adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 98.

contrarrestar o refutar la presunta incompatibilidad. Dicho de otro modo, si el Canadá "presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a [Australia], que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción".¹⁹⁹

10. Al analizar las diversas alegaciones del Canadá en las que se impugnaba la compatibilidad de la medida en litigio con los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5 (e, indirectamente, con los párrafos 2 y 3 del artículo 2), el Grupo Especial ha examinado las pruebas presentadas por el Canadá en apoyo de sus alegaciones y las presentadas por Australia para refutarlas. Respecto de cada una de esas alegaciones, el Grupo Especial ha llegado a la conclusión de que el Canadá había establecido una presunción prima facie de incompatibilidad con las disposiciones pertinentes del Acuerdo MSF y de que Australia no había refutado esa presunción.²⁰⁰

11. Australia admite que el Grupo Especial ha articulado correctamente la carga de la prueba conforme a la regla que hemos establecido en Estados Unidos – Camisas y Blusas y, en su aplicación específica al Acuerdo MSF, en Comunidades Europeas – Hormonas²⁰¹, pero aduce que el Grupo Especial no ha aplicado correctamente la carga de la prueba²⁰² ni ha evaluado adecuadamente, en su examen de las pruebas que se le habían presentado, si el Canadá había satisfecho la carga de la prueba en relación con las alegaciones formuladas por ese país al amparo de los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5.²⁰³

12. Consideramos que el fondo sustancial de la apelación de Australia con respecto a esta cuestión no se relaciona con la asignación de la carga de la prueba, sino con la forma en que el Grupo Especial ha examinado y valorado las pruebas al llegar a la conclusión de que el Canadá había

¹⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.40.

²⁰⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.59 y 8.99 (en relación con el párrafo 1 del artículo 5), párrafos 8.137, 8.139, 8.141 y 8.159 (en relación con el párrafo 5 del artículo 5) y párrafos 8.171, 8.181 y 8.182 (en relación con el párrafo 6 del artículo 5).

²⁰¹ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 85.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Esas alegaciones se recogen en los párrafos 90-96 de la comunicación del apelante presentada por Australia. Observamos que, en las partes de esa comunicación que se refieren a los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5, esas alegaciones se reiteran en los siguientes párrafos:

- Párrafo 1 del artículo 5: párrafos 137, 138 y 141;
- Párrafo 5 del artículo 5: párrafos 147, 184, 186, 187, 190, 198, 199, 205, 210, 212, 218, 220 - 224, 275, 297;
- Párrafo 6 del artículo 5: párrafos 299 – 302, 305, 318 y 319.

establecido una presunción prima facie de incompatibilidad con los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5. En Comunidades Europeas – Hormonas hemos declarado lo siguiente:

En virtud del párrafo 6 del artículo 17 del ESD los exámenes en apelación se limitan a apelaciones sobre cuestiones jurídicas incluidas en el informe de un grupo especial y a las interpretaciones legales desarrolladas por ese grupo [...] La determinación de la credibilidad y del peso que, por ejemplo, se debe atribuir propiamente a la apreciación de una determinada prueba, forma parte esencial del proceso de investigación y, en principio, se deja a la discreción del grupo especial que decide sobre los hechos. La compatibilidad o incompatibilidad de un hecho dado o una serie de hechos con los requisitos de una determinada disposición de un tratado es, a pesar de todo, una cuestión de tipificación jurídica. Es una cuestión de derecho. El que un grupo especial haya hecho o no una evaluación objetiva de los hechos que le habían sido presentados, como exige el artículo 11 del ESD, es también una cuestión de derecho que, planteada oportunamente en la apelación, entrará en el ámbito del examen en apelación.²⁰⁴

13. El examen y la valoración por el Grupo Especial de las pruebas en que se basaban las alegaciones del Canadá corresponden a su evaluación de los hechos y, por consiguiente, no están comprendidos en el ámbito del examen en apelación, conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

B. Evaluación objetiva del asunto

14. Australia alega que el Grupo Especial no ha hecho una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido ni ha aplicado la norma de examen apropiada, de conformidad con el artículo 11 del ESD. Australia sostiene que el Grupo Especial "ha prescindido totalmente o en parte de pruebas que le habían sido presentadas, o ha tergiversado esas pruebas en una forma que excede de la cuestión del peso atribuido a las mismas y representa un error monumental que configura un

²⁰⁴ Informe adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 132.

error de derecho".²⁰⁵ Australia sostiene, además, que el Grupo Especial no ha dado la debida consideración a las cuestiones de hecho planteadas por las partes.²⁰⁶

15. Entre las diversas alegaciones formuladas por Australia destacan dos. La primera es la relativa al examen por el Grupo Especial de estudios científicos que, según Australia, no son pertinentes o tienen un carácter excesivamente general para dar respuesta a la cuestión de los riesgos relativos que representa para la población de salmónidos de Australia la entrada, introducción o difusión de productos de salmónidos y de no salmónidos respectivamente.²⁰⁷ La segunda es la alegación de que el Grupo Especial ha desfigurado gravemente los procesos relativos a los informes provisionales, las recomendaciones y la legislación del Gobierno australiano y la naturaleza y finalidad de los mismos.²⁰⁸

16. En el asunto Comunidades Europeas – Hormonas, hemos declarado en nuestro informe:

[...] Es evidente que no todos los errores en la evaluación de las pruebas (aunque eso también puede dar lugar a una cuestión de derecho) se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación objetiva de los hechos. [...] El deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que le haya sido sometido es, entre otras cosas, una obligación de examinar las pruebas presentadas a un grupo especial y de llegar a conclusiones de hecho a base de esas pruebas. Desestimar deliberadamente las pruebas presentadas al grupo especial, o negarse a examinarlas, son hechos incompatibles con el deber que tiene un grupo especial de hacer una evaluación

objetiva de los hechos. La distorsión o tergiversación deliberadas

²⁰⁵ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 105. Las alegaciones específicas de Australia según las cuales el Grupo Especial no ha hecho una evaluación objetiva del asunto al examinar las alegaciones del Canadá al amparo de los párrafos 1, 5 y 6 del artículo 5 figuran en los siguientes párrafos de la comunicación del apelante presentada por Australia:

- párrafo 1 del artículo 5: párrafos 142-144;
- párrafo 5 del artículo 5: párrafos 147, 177, 212, 225 - 297;
- párrafo 6 del artículo 5: párrafos 299 – 301, 305, 312 - 314.

²⁰⁶ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 100. Los hechos planteados por Australia a los que, según ese país, el Grupo Especial no ha prestado la debida consideración se refieren a la determinación por Australia de su nivel adecuado de protección, el Informe final de 1996 de Australia, el carácter atribuido por ese país a la medida en litigio y la inaplicabilidad de las Condiciones de 1988 al salmón fresco, refrigerado o congelado, las prácticas y procedimientos de Australia en materia de evaluación del riesgo y especialmente el papel de los informes provisionales y de las recomendaciones, y la condición jurídica y aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias.

²⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 168 - 183, 231 -239 y 243 - 246.

²⁰⁸ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 281 - 289.

de las pruebas presentadas al grupo especial son también actos incompatibles con una evaluación objetiva de los hechos. El hecho de "desestimar", "distorsionar" y "tergiversar" las pruebas, en su significación ordinaria en los procesos judiciales y cuasijudiciales, supone no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un error monumental que pone en duda la buena fe del Grupo de Expertos. Sostener que un grupo especial hizo caso omiso de las pruebas que le presentaron o las deformó es lo mismo que afirmar que no reconoció, en menor o mayor medida, a la parte que presentaba las pruebas la lealtad fundamental o lo que en muchos fueros se conoce por las debidas garantías procesales o derecho natural.²⁰⁹ (Sin cursivas en el original.)

17. Recordamos también nuestra declaración en el asunto Comunidades Europeas - Productos Avícolas

Alegar que un grupo especial no ha evaluado objetivamente el asunto que se le ha sometido, como requiere el artículo 11 del ESD, constituye una alegación muy grave, que afecta al fundamento mismo de la integridad del proceso de solución de diferencias de la OMC [...].²¹⁰ (itálicas añadidas)

18. A nuestro parecer, ni el Grupo Especial ha "desestimado deliberadamente", "se ha negado a examinar", ha "distorsionado deliberadamente" o "ha tergiversado" las pruebas en este caso, ni Australia ha demostrado en modo alguno que el Grupo Especial haya cometido un "error monumental que pone en duda la buena fe" del Grupo Especial. En consecuencia, concluimos que el Grupo Especial no abusó de sus facultades discrecionales de una manera que ni siquiera se aproxime al nivel de gravedad necesario para que sea posible estimar una alegación al amparo del artículo 11 del ESD.

19. Por último, en respuesta a la alegación de Australia de que el Grupo Especial no ha dado la "debida diferencia" a las cuestiones de hecho que ese país ha planteado, observamos que el artículo 11 del ESD obliga a los grupos especiales a "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos y de la aplicabilidad de los acuerdos adoptados pertinentes y de la conformidad con éstos". Así pues, la función de este Grupo Especial consistía en evaluar los hechos en una forma compatible con su obligación de hacer esa "evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido". Estimamos que el Grupo Especial ha

²⁰⁹ Informe adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 133.

²¹⁰ Informe adoptado el 23 de julio de 1998, WT/DS69/AB/R, párrafo 133.

procedido de esa forma en este caso. No obstante, los grupos especiales no están obligados a atribuir a las pruebas fácticas presentadas por las partes el mismo sentido y peso que éstas.

C. Admisión y examen de determinadas pruebas

20. Australia alega que el Grupo Especial ha obrado erradamente al admitir determinadas pruebas presentadas por el Canadá después del 7 de octubre de 1997, fecha final del plazo fijado por el Grupo Especial en sus procedimientos de trabajo. Según Australia, el Grupo Especial ha tenido en cuenta a algunas de esas pruebas para llegar a sus constataciones.²¹¹ Australia expone su preocupación con respecto a las debidas garantías del procedimiento, especialmente en relación con la versión inicial y la versión revisada del "Informe Vose", presentadas al Grupo Especial el 18 de diciembre de 1997 y el 5 de febrero de 1998, respectivamente, y manifiesta asimismo su desacuerdo con el hecho de que el Grupo Especial haya examinado, como declara en el párrafo 8.98 de su informe, pruebas a las que se había remitido el Canadá, pero que no había presentado.

21. Con respecto al "Informe Vose" el Grupo Especial ha declarado:

En nuestra segunda reunión sustantiva, Australia solicitó la exclusión del Anexo K [...] "Informe Vose" [que se ha aportado] después del 7 de octubre de 1997, la fecha final que habíamos fijado. [...] Dado que, a nuestro parecer, el Informe Vose no es en modo alguno fundamental para nuestro informe, no procederemos a un análisis más detenido del mismo en nuestro examen [...].²¹²

1. Dentro del párrafo 8.98, en la nota 315 a pie de página de su informe, el Grupo Especial ha descrito así la prueba en cuestión:

Prueba a la que se remitió el Canadá en su declaración verbal en la segunda reunión sustantiva, no presentada al Grupo Especial pero no impugnada por Australia.

2. Observamos que el Grupo Especial ha declarado expresamente que no tendría en cuenta el "Informe Vose" en su examen final y que Australia no ha demostrado que el Grupo Especial, en contra de lo afirmado en la declaración de este último, lo haya tenido en cuenta. En consecuencia, no consideramos que haya razones para que Australia pueda plantear preocupaciones con respecto a las debidas garantías del procedimiento en relación con la supuesta "consideración" de ese informe por el Grupo Especial.

²¹¹ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 116.

²¹² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.4.

3. De forma más general, en lo que respecta a la alegación de Australia de que el Grupo Especial ha obrado erradamente al admitir pruebas presentadas después del 7 de octubre de 1997, observamos que los Procedimientos de trabajo del Apéndice 3 del ESD no establecen plazos precisos para la presentación de pruebas. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del ESD, los grupos especiales pueden establecer sus propios procedimientos de trabajo, además de los que figuran en el Apéndice 3. En el presente caso, el Grupo Especial estableció como fecha final para la presentación de pruebas el 7 de octubre de 1997, pero posteriormente decidió admitir las pruebas presentadas después de esa fecha. Observamos que el párrafo 2 del artículo 12 del ESD dispone que "[e]n el procedimiento de los grupos especiales deberá haber flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes, sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales". Sin embargo, un grupo especial debe prestar siempre atención al respeto de las debidas garantías procesales, y ello supone proporcionar a las partes una oportunidad adecuada para responder a las pruebas presentadas. La cuestión relativa a si el Grupo Especial le dio a Australia una oportunidad adecuada para responder se examina en la sección siguiente.

4. Por último, en lo que respecta a que la prueba a la que el Canadá se remitió, pero no presentó, observamos que en el Informe final de 1996, que Australia presentó como su evaluación del riesgo, se hacía referencia a esa prueba, por lo que hay que entender que Australia la conocía y que estaba a su disposición. No podemos constatar ningún error en el examen y admisión de esta prueba por parte del Grupo Especial.

D. Derecho de respuesta

5. Australia alega que el Grupo Especial ha obrado erradamente al no haberle dado oportunidad de presentar un escrito formal de réplica en respuesta a la exposición oral hecha por el Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial. Según Australia el Canadá planteó en esa exposición oral cuestiones sustancialmente nuevas.²¹³

6. En el párrafo 8.22 de su informe, el Grupo Especial ha declarado lo siguiente:

En nuestra segunda reunión sustantiva, Australia planteó una cuestión de procedimiento en relación con la declaración oral del Canadá en esa reunión. Según Australia, esa declaración introducía cambios fundamentales que afectaban a la naturaleza de las alegaciones jurídicas concretas del Canadá y que eran de tal importancia que debía permitirse a Australia refutarlas en un escrito

²¹³ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 107 y siguientes.

de réplica formal. Basándose en ello, Australia solicitó al Grupo Especial que le concediera más tiempo (una semana o más) para presentar un tercer escrito de réplica. [...] En consecuencia, accedimos a la solicitud de Australia de presentar una tercera comunicación escrita dentro de la semana siguiente a nuestra segunda reunión sustantiva. Ofrecimos paralelamente una posibilidad análoga al Canadá y señalamos que las terceras comunicaciones debían limitarse a los "cambios fundamentales" introducidos por el Canadá e identificados en una declaración oral hecha por Australia en la segunda reunión sustantiva. El 13 de febrero de 1998 recibimos las comunicaciones de una y otra parte.²¹⁴

7. Observamos que, en su comunicación del apelante, Australia sostiene que la descripción del párrafo 8.22 del informe del Grupo Especial no es exacta.²¹⁵ No obstante, es evidente que un examen por nuestra parte de la exactitud fáctica de esta descripción del Grupo Especial no está comprendido en el ámbito del examen en apelación.

8. Observamos además que Australia, aun cuando aduce que en su exposición oral en la segunda reunión con el Grupo Especial, el Canadá planteó "cuestiones sustancialmente nuevas"²¹⁶, ha aclarado en el curso de nuestras audiencias que no sostiene que las cuestiones planteadas o las alegaciones formuladas por el Canadá exceden del ámbito del mandato del Grupo Especial por constituir "nuevas alegaciones" que el Grupo Especial no tiene mandato para examinar.

9. Entendemos que el argumento de Australia se reduce, en síntesis, a que no ha tenido tiempo de preparar una respuesta adecuada a la exposición oral hecha por el Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, dada la extensión y complejidad de los argumentos. No obstante, de la

²¹⁴ Señalamos además que en el párrafo 7.8 de la parte del informe del Grupo Especial dedicada al "Reexamen intermedio", éste ha manifestado lo siguiente:

Australia sostiene que se le debía haber dado la oportunidad de refutar los "cambios fundamentales" introducidos por el Canadá mediante un exposición escrita oficial, no mediante un comentario escrito limitado a ciertas cuestiones. [...] El hecho de que la oportunidad adicional que otorgamos a las partes para presentar argumentos diera lugar a una comunicación escrita oficial o a un comentario escrito, es, en nuestra opinión, irrelevante.

²¹⁵ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 108, 110 y 111. Australia no considera que el breve documento titulado "Written Comment by Australia" (Comentario escrito de Australia), presentado el 13 de febrero de 1998, tuviera la naturaleza de una comunicación escrita oficial (comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 114).

²¹⁶ Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 107. Véase también el sexto punto de la notificación de la apelación.

descripción que hace el Grupo Especial de las actuaciones se desprende que Australia solicitó un plazo de una semana para responder a la exposición oral del Canadá y que el Grupo Especial accedió a su solicitud. Un elemento fundamental de las debidas garantías del procedimiento es que se dé a una parte oportunidad de responder a las alegaciones formuladas contra ella. En el presente caso, consideramos que el Grupo Especial dio a Australia una oportunidad de responder, al permitir que ese país presentara una tercera comunicación escrita. No entendemos cómo podría el Grupo Especial haber negado las debidas garantías de procedimiento a Australia al concederle el plazo suplementario que había solicitado.

VII. Constataciones y conclusiones

10. Por los motivos expuestos en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a) revoca las conclusiones del Grupo Especial según las cuales las Condiciones de 1988 y las Prescripciones de 1996 están comprendidas en el mandato del Grupo Especial; y concluye que la medida sanitaria en cuestión en esta diferencia es la prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado enunciada en la QP86A, confirmada por la Decisión de 1996, y no la prescripción de termotratamiento enunciada en las Condiciones de 1988;
- b) considera que la referencia que hace el Grupo Especial al párrafo 1 del artículo 6 del Acuerdo MSF no constituye una "constatación o conclusión jurídica" y que, por consiguiente, el Grupo Especial no se excedió de su mandato;
- c) revoca la conclusión del Grupo Especial según la cual la medida en cuestión, en cuanto se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano, no se basa en una evaluación del riesgo efectuada de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5, y según la cual Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF, porque el Grupo Especial formuló esta conclusión basándose en la premisa errónea de que la prescripción de termotratamiento, y no la prohibición de las importaciones, constituye la medida sanitaria en cuestión en esta diferencia;
- d) constata, sobre la base de las constataciones fácticas del Grupo Especial, que el Informe final de 1996 no constituye una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y de la primera definición que contiene el párrafo 4 del

Anexo A del Acuerdo MSF y que Australia, al mantener sin una debida evaluación del riesgo una prohibición de las importaciones de salmón fresco, refrigerado o congelado capturado en el Pacífico, ha actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 y, por consecuencia, con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF;

- e) confirma la conclusión del Grupo Especial de que, al mantener la medida en cuestión, en cuanto se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano, Australia ha actuado de forma incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 5 del artículo 5 y, por consecuencia, del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF;
- f) revoca la conclusión del Grupo Especial de que la medida en cuestión, en cuanto se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano, entraña "un grado de restricción del comercio mayor del requerido" para lograr el nivel adecuado de protección de Australia, y de que Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, porque el Grupo Especial formuló esta conclusión basándose en la premisa errónea de que la prescripción de termotratamiento, y no la prohibición de las importaciones, constituye la medida sanitaria en cuestión en esta diferencia;
- g) no puede llegar a una conclusión con respecto a si la medida sanitaria en cuestión, es decir, la prohibición de las importaciones, en cuanto se aplica al salmón del Pacífico capturado en el océano, es o no compatible con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF por ser insuficientes las constataciones fácticas y los hechos no controvertidos en el expediente del Grupo Especial;
- h) constata que el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del principio de economía procesal al limitar sus constataciones con respecto a los párrafos 5 y 6 del artículo 5 al salmón del Pacífico capturado en el océano, y al considerar que era innecesario analizar los párrafos 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF en relación con otro salmón canadiense;
- i) constata que al mantener la medida sanitaria en cuestión con respecto a otro salmón canadiense, Australia ha actuado de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF;

- j) no puede llegar a una conclusión con respecto a si la medida sanitaria en cuestión, es decir, la prohibición de las importaciones, en cuanto se aplica a otro salmón canadiense, es compatible con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, por ser insuficientes las constataciones fácticas y los hechos no controvertidos en el expediente del Grupo Especial;
- k) llega a la conclusión de que puede formularse una constatación de incompatibilidad con la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 independientemente de una constatación de incompatibilidad con el párrafo 5 del artículo 5; pero por ser insuficientes las constataciones fácticas y los hechos no controvertidos en el expediente del Grupo Especial no está en condiciones de determinar si la medida en cuestión constituye una discriminación arbitraria o injustificable en el sentido de la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF;
- l) llega a la conclusión de que la consideración y la ponderación por parte del Grupo Especial de las pruebas que apoyan las alegaciones formuladas por el Canadá se relacionan con la evaluación de los hechos efectuada por el Grupo Especial y, en consecuencia, no están comprendidas en el ámbito del examen en apelación;
- m) llega a la conclusión de que el Grupo Especial no abusó de su facultad discrecional en contra de las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD;
- n) llega a la conclusión de que la admisión y consideración por parte del Grupo Especial de determinadas pruebas presentadas por el Canadá, o a las que el Canadá se ha remitido, no plantea problemas con respecto a las debidas garantías procesales en contra de lo dispuesto en el ESD;
- o) llega a la conclusión de que, habida cuenta de que el Grupo Especial concedió a Australia tiempo suplementario para responder a la declaración oral hecha por el Canadá en la segunda reunión del Grupo Especial, el Grupo Especial no negó a Australia las debidas garantías procesales en contra de lo dispuesto en el ESD.

1. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD pida a Australia que ponga su medida, declarada incompatible con el Acuerdo MSF en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe, en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de este Acuerdo.

Firmado, en el original, en Ginebra, el séptimo día de octubre de 1998 por:

Claus-Dieter Ehlermann
Presidente de la Sección

Christopher Beeby
Miembro

Said El-Naggar
Miembro
