

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS245/AB/R
26 de noviembre de 2003

(03-6276)

Original: inglés

JAPÓN - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA IMPORTACIÓN DE MANZANAS

AB-2003-4

Informe del Órgano de Apelación

ÍNDICE

	Página
I. Introducción.....	1
II. Antecedentes.....	5
A. <i>La enfermedad en cuestión</i>	5
B. <i>El producto en cuestión</i>	6
C. <i>La medida en cuestión</i>	8
III. Argumentos de los participantes y los terceros participantes.....	11
A. <i>Alegaciones de error formuladas por el Japón - Apelante</i>	11
1. Párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo MSF</i>	11
2. Párrafo 7 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	15
3. Párrafo 1 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	19
4. Artículo 11 del ESD.....	21
a) La evaluación objetiva realizada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo MSF</i>	21
b) La evaluación objetiva realizada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	23
B. <i>Argumentos de los Estados Unidos - Apelado</i>	24
1. Párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo MSF</i>	24
2. Párrafo 7 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	26
3. Párrafo 1 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	29
4. Artículo 11 del ESD.....	31
a) La evaluación objetiva realizada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo MSF</i>	31
b) La evaluación objetiva realizada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	33
C. <i>Alegación de error formulada por los Estados Unidos - Apelante</i>	34
D. <i>Argumentos del Japón - Apelado</i>	37
E. <i>Argumentos de los terceros participantes</i>	40
1. Australia	40
2. Brasil.....	44
3. Comunidades Europeas.....	44

	Página
4. Nueva Zelandia	47
IV. Cuestión preliminar: Suficiencia del anuncio de apelación	50
V. Cuestiones planteadas en esta apelación	55
VI. Alegación relativa a las "facultades" del Grupo Especial	55
VII. Párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo MSF</i>	62
A. <i>Manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas</i>	66
B. <i>Manzanas maduras asintomáticas</i>	71
VIII. Párrafo 7 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	75
A. <i>Insuficiencia de testimonios científicos pertinentes</i>	77
B. <i>El argumento del Japón sobre la "incertidumbre científica"</i>	80
C. <i>El recurso del Grupo Especial a un "historial de 200 años de estudios y experiencias prácticas"</i>	82
IX. Párrafo 1 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	83
A. <i>Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano</i>	87
B. <i>Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano "según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse"</i>	92
C. <i>Consideración de los testimonios científicos de los que se tiene conocimiento después de la evaluación del riesgo de que se trate</i>	94
X. Artículo 11 del ESD	97
A. <i>La caracterización de las pruebas experimentales por el Grupo Especial</i>	100
B. <i>Testimonios "centrados en" manzanas maduras asintomáticas</i>	102
C. <i>Expresiones de prudencia de los expertos</i>	105
D. <i>El recorrido total de la vía y el "riesgo teórico"</i>	108
XI. Constataciones y conclusiones	111
ANEXO 1 Notificación de la apelación del Japón de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del <i>Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias</i>	

CUADRO DE ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia del asunto
<i>Australia - Salmón</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón</i> , WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, DSR 1998.VIII, 3327
<i>Brasil - Coco desecado</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Brasil - Medidas que afectan al coco desecado</i> , WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, DSR 1997.I, 167
<i>CE - Accesorios de tubería</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre los accesorios de tubería de fundición maleable procedentes del Brasil</i> , WT/DS219/AB/R, adoptado el 18 de agosto de 2003
<i>CE - Amianto</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto</i> , WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
<i>CE - Bananos III</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos</i> , WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997, DSR 1997.II, 591
<i>CE - Hormonas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, DSR 1998.I, 135
<i>CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India, Recurso de la India al párrafo 5 del artículo 21 del ESD</i> , WT/DS141/AB/RW, adoptado el 24 de abril de 2003
<i>CE - Sardinas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas</i> , WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>Chile - Sistema de bandas de precios</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas</i> , WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
<i>Corea - Bebidas alcohólicas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas</i> , WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 1999, DSR 1999.I, 3
<i>Corea - Productos lácteos</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos</i> , WT/DS98/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, DSR 2000.I, 3

Título abreviado	Título completo y referencia del asunto
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , WT/DS213/AB/R y Corr.1, adoptado el 19 de diciembre de 2002
<i>Estados Unidos - Camarones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón</i> , WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, DSR 1998.VII, 2755
<i>Estados Unidos - Camisas y blusas de lana</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India</i> , WT/DS33/AB/R y Corr.1, adoptado el 23 de mayo de 1997, DSR 1997.I, 323
<i>Estados Unidos - Gluten de trigo</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001
<i>Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000</i> , WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003
<i>Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas compensatorias que afectan a determinados productos originarios de las Comunidades Europeas</i> , WT/DS212/AB/R, adoptado el 8 de enero de 2003
<i>Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero</i> , WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, 10 de noviembre de 2003
<i>India - Restricciones cuantitativas</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales</i> , WT/DS90/AB/R, adoptado el 22 de septiembre de 1999, DSR 1999.IV, 1763
<i>Japón - Manzanas</i>	Informe del Grupo Especial, <i>Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas</i> , WT/DS245/R, 15 de julio de 2003
<i>Japón - Productos agrícolas II</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas</i> , WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999, DSR 1999.I, 277

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas

AB-2003-4

Japón, *Apelante y apelado*
Estados Unidos, *Apelante y apelado*

Actuantes:

Australia, *Tercero participante*
Brasil, *Tercero participante*
Comunidades Europeas, *Tercero participante*
Nueva Zelandia, *Tercero participante*
Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, *Tercero participante*

Lockhart, Presidente de la Sección
Baptista, Miembro
Sacerdoti, Miembro

I. Introducción

1. El Japón y los Estados Unidos apelan ciertas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas del informe del Grupo Especial en *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas* ("informe del Grupo Especial").¹ El Grupo Especial fue establecido para examinar una reclamación de los Estados Unidos referente a ciertos requisitos y prohibiciones impuestos por el Japón a las importaciones de manzanas procedentes de los Estados Unidos.

2. Después de la celebración de consultas que no lograron resolver la diferencia, los Estados Unidos solicitaron, el 7 de mayo de 2002, que se estableciera un grupo especial para examinar el asunto de las "medidas" que mantenía el Japón, que "[restringen] la importación de manzanas estadounidenses en relación con la niebla del peral y del manzano o los organismos patógenos de la niebla del peral y del manzano, *Erwinia amylovora*".² El 3 de junio de 2002, el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") estableció el Grupo Especial con el siguiente mandato, conforme al párrafo 1 del artículo 7 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD"):

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que han invocado los Estados Unidos en el documento WT/DS245/2, el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer

¹ WT/DS245/R, 15 de julio de 2003.

² Solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos, WT/DS245/2, 8 de mayo de 2002.

las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."³

Australia, el Brasil, las Comunidades Europeas, Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu se reservaron el derecho a participar como terceros en las actuaciones del Grupo Especial.

3. Ante el Grupo Especial, los Estados Unidos alegaron que el Japón actuaba en forma incompatible con el párrafo 2 del artículo 2, los párrafos 1, 2, 6 y 7 del artículo 5 y el artículo 7 del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* ("*Acuerdo MSF*") y su Anexo B; el párrafo 2 del artículo 4 del *Acuerdo sobre la Agricultura*; y el artículo XI del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* ("GATT de 1994").⁴ En el informe del Grupo Especial, distribuido a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") el 15 de julio de 2003, el Grupo Especial constató que la medida fitosanitaria del Japón:

- i) se mantiene "sin testimonios científicos suficientes", infringiendo la obligación impuesta al Japón por el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*;
- ii) no constituye una medida provisional con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* porque no fue impuesta en una situación en que "los testimonios científicos pertinentes [fueran] insuficientes"; y
- iii) no se basa en una "evaluación del riesgo" en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.⁵

4. En cuanto a las alegaciones de incompatibilidad con el artículo 7 del *Acuerdo MSF* y el Anexo B de ese Acuerdo, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no habían acreditado una presunción conforme a esas disposiciones. Además, habiendo constatado que la medida era incompatible con las obligaciones del Japón impuestas por el párrafo 2 del artículo 2 y los párrafos 7 y 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial determinó que era innecesario resolver varias

³ Constitución del grupo especial establecido a solicitud de los Estados Unidos, WT/DS245/3, 17 de julio de 2002, párrafo 2.

⁴ Los Estados Unidos, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, también formularon reclamaciones basadas en el párrafo 3 del artículo 2, los párrafos 3 y 5 del artículo 5 y los párrafos 1 y 2 del artículo 6 del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial, sin embargo, observó que los Estados Unidos no abordaron esas reclamaciones en ninguna de sus comunicaciones. En consecuencia, el Grupo Especial llegó a la conclusión de los Estados Unidos no acreditaron una presunción respecto de ninguna de esas reclamaciones y, por lo tanto, se abstuvo de formular constataciones sobre ellas (informe del Grupo Especial, párrafo 8.334).

⁵ *Ibid.*, párrafo 9.1, apartados a) a c).

de las restantes alegaciones basadas en otras disposiciones pues tales constataciones no ayudarían al OSD a formular sus recomendaciones y resoluciones con vistas al pronto cumplimiento por el Japón. En consecuencia, aplicando el principio de economía procesal, el Grupo Especial se abstuvo de resolver acerca de las alegaciones de los Estados Unidos basadas en los párrafos 2 y 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el párrafo 2 del artículo 4 del *Acuerdo sobre la Agricultura*, y el artículo XI del GATT de 1994.⁶ En vista de estas constataciones, el Grupo Especial recomendó "que el Órgano de Solución de Diferencias solicite al Japón que ponga la medida fitosanitaria impugnada en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud del *Acuerdo MSF*".⁷

5. El 28 de agosto de 2003, el Japón notificó al OSD su propósito de apelar ciertas cuestiones de derecho y ciertas interpretaciones jurídicas tratadas en el informe del Grupo Especial, con arreglo al artículo 16 del ESD, y presentó un anuncio de apelación conforme a la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación ("Procedimientos de Trabajo")*.⁸ El 8 de septiembre de 2003, el Japón presentó una comunicación del apelante.⁹ Los Estados Unidos presentaron una comunicación del apelado el 22 de septiembre de 2003.¹⁰ Además de la apelación del Japón, los Estados Unidos apelaron a su vez el informe del Grupo Especial presentando una comunicación en calidad de otro apelante el 12 de septiembre de 2003.¹¹ Con respecto a esta apelación, el Japón presentó una comunicación del apelado el 22 de septiembre de 2003.¹² Con igual fecha, Australia, el Brasil, las Comunidades Europeas y Nueva Zelandia presentaron comunicaciones de terceros participantes¹³, y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu notificó su propósito de asistir y formular declaraciones en la audiencia.¹⁴

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.292, 8.303, 8.328 y 8.332.

⁷ *Ibid.*, párrafo 9.3.

⁸ Anuncio de apelación presentado por el Japón, WT/DS245/5, 28 de agosto de 2003, adjunto como anexo A del presente informe. En el anuncio de apelación del Japón sólo se impugnan ciertas constataciones formuladas por el Grupo Especial en su análisis basado en el *Acuerdo MSF*; no existen en la apelación cuestiones relacionadas con el *Acuerdo sobre la Agricultura* ni con el GATT de 1994.

⁹ Con arreglo al párrafo 1 de la Regla 21 de los *Procedimientos de Trabajo*.

¹⁰ Con arreglo al párrafo 1 de la Regla 22 de los *Procedimientos de Trabajo*.

¹¹ Con arreglo al párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de Trabajo*.

¹² Con arreglo al párrafo 3 de la Regla 23 de los *Procedimientos de Trabajo*.

¹³ Con arreglo al párrafo 1 de la Regla 24 de los *Procedimientos de Trabajo*.

¹⁴ Con arreglo al párrafo 2 de la Regla 24 de los *Procedimientos de Trabajo*.

6. La audiencia correspondiente a esta apelación se celebró el 13 de octubre de 2003. Los participantes y los terceros participantes formularon declaraciones orales (con excepción del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu) y respondieron a preguntas que les formularon los Miembros de la Sección que conoce de la apelación.

7. En el presente informe, nuestro análisis se desarrollará del siguiente modo:

- comenzaremos con una breve reseña de los hechos y un examen del alcance de la diferencia, incluyendo la naturaleza y la historia de la enfermedad vegetal de que se trata, los productos considerados por el Grupo Especial en su análisis y la medida impugnada por los Estados Unidos¹⁵;
- expondremos seguidamente los argumentos de los participantes y los terceros participantes en la apelación;
- a continuación determinaremos las cuestiones que nos han sido sometidas en la apelación y, con ese fin, examinaremos la alegación de los Estados Unidos de que una de las cuestiones aducidas por el Japón en su comunicación del apelante no nos está sometida debidamente porque no se indicó en el anuncio de apelación presentado por el Japón;
- comenzaremos nuestra evaluación del caso examinando la alegación de los Estados Unidos, hecha en la apelación, según la cual el Grupo Especial no tenía facultades para formular constataciones acerca de manzanas distintas de las manzanas "maduras asintomáticas". Como esta alegación plantea el problema de si el Grupo Especial estaba autorizado para pronunciarse acerca de otras manzanas distintas de las "maduras asintomáticas", trataremos esta alegación como antecedente lógico de las alegaciones del Japón sobre los fundamentos de las constataciones del Grupo Especial;
- a continuación examinaremos las alegaciones del Japón que impugnan las constataciones del Grupo Especial según las cuales la medida fitosanitaria del Japón de que se trata es incompatible con las obligaciones impuestas al Japón por el párrafo 2 del artículo 2 y los párrafos 7 y 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; y

¹⁵ Se exponen más detalladamente otros elementos de hecho de esta diferencia en los párrafos 2.1 a 2.32 del informe del Grupo Especial.

- por último evaluaremos las alegaciones del Japón basadas en el artículo 11 del ESD, según las cuales el Grupo Especial no realizó "una evaluación objetiva de los hechos" en su análisis de las alegaciones de los Estados Unidos basadas en el *Acuerdo MSF*.

II. Antecedentes

A. La enfermedad en cuestión

8. Se resumen a continuación los "elementos de hecho" enunciados por el Grupo Especial en los párrafos 2.1 a 2.6 de su informe. La enfermedad¹⁶ a que se refiere la medida fitosanitaria del Japón que es objeto de esta diferencia se denomina "niebla del peral y del manzano", y a menudo se hace referencia a ella con el nombre científico de la bacteria que la causa, *Erwinia amylovora* o *E. amylovora*. Las frutas infectadas¹⁷ por la niebla del peral y del manzano segregan un exudado bacteriano, o inóculo¹⁸, que se transmite principalmente por el viento o la lluvia y por insectos o aves, a las flores abiertas de la misma planta o de nuevas plantas huéspedes. La bacteria *E. amylovora* se multiplica externamente en los estigmas de estas flores abiertas y se introduce en la planta a través de diversas aberturas.¹⁹ Además del manzano, son huéspedes de la niebla del peral y del manzano los perales, los membrillos y los nísperos, así como varias plantas de jardín.²⁰ Los testimonios científicos, como comprobó el Grupo Especial, demuestran que el riesgo de introducción y propagación de la niebla del peral y del manzano varía considerablemente en función de la planta huésped.²¹

¹⁶ El Grupo Especial definió el término "enfermedad" como "[u]n trastorno de la estructura o la función de una planta en grado tal que produce o amenaza producir una enfermedad o afección detectable ... que por lo general produce signos o síntomas específicos" (informe del Grupo Especial, párrafo 2.9).

¹⁷ El término "infección" fue definido por el Grupo Especial del siguiente modo: "[s]e produce cuando un organismo (por ejemplo, *E. amylovora*) ha entrado en una planta (o una fruta) huésped, estableciendo una relación patogénica permanente o temporal con el huésped" (*ibid.*, párrafo 2.12). En cambio, el Grupo Especial observó que el término "infestación" se refiere a la "[p]resencia de las bacterias en la superficie de una planta, que no significa que se haya producido infección" (*ibid.*, párrafo 2.13; sin cursivas en el original).

¹⁸ El Grupo Especial definió el término "inóculo" como "el material que consiste en bacterias o que contiene bacterias que se introducen en un huésped o medio o se transfieren a éste". Explicó que "[l]a inoculación es la introducción de un inóculo en un huésped o en un medio de cultivo. El término inóculo también puede referirse a los materiales potencialmente infecciosos disponibles en el suelo, el aire o el agua, y que por casualidad dan lugar a la inoculación natural de un huésped" (*ibid.*, párrafo 2.14).

¹⁹ *Ibid.*, párrafo 2.2.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 2.15.

²¹ *Ibid.*, párrafo 8.271.

9. La historia no controvertida de la niebla del peral y del manzano revela una importante propagación transoceánica en los más de 200 años transcurridos desde su descubrimiento.²² La *E. amylovora*, detectada por primera vez en el Estado de Nueva York, en los Estados Unidos, en 1793, se considera autóctona de América del Norte.²³ Hacia comienzos del siglo XX se informó sobre la existencia de la niebla del peral y del manzano en el Canadá, desde Ontario hasta la Columbia Británica, en el Norte de México, y en los Estados Unidos, desde la costa Este hasta California y el Pacífico Noroeste. Se comunicó la existencia de esta enfermedad en Nueva Zelandia en 1919, en Gran Bretaña en 1957, y en Egipto en 1964. La enfermedad se ha propagado en gran parte de Europa, aunque en medidas diversas según los países, y también en la región del Mediterráneo. En 1997, Australia comunicó la presencia de la niebla del peral y del manzano, pero los esfuerzos de erradicación tuvieron éxito y no se ha informado acerca de la aparición de otros brotes. Con respecto a la incidencia de la niebla del peral y del manzano en el Japón, las partes debatieron ante el Grupo Especial si la niebla del peral y del manzano había penetrado alguna vez en el Japón; pero los Estados Unidos supusieron, a los efectos de esta diferencia, que el Japón se encontraba, como lo afirmaba, libre de la niebla del peral y del manzano y de la bacteria que la causa.²⁴

B. El producto en cuestión

10. Los Estados Unidos alegaron ante el Grupo Especial que el objeto de la impugnación de los Estados Unidos respecto de la medida fitosanitaria en cuestión es el único producto del manzano que exportan, es decir, las "manzanas maduras asintomáticas". Los Estados Unidos alegaron que esas manzanas constituían una categoría separada e identificable de manzanas y que su calificación "tiene una base científica".²⁵ El Japón no aceptó la calificación hecha por los Estados Unidos, aduciendo que "maduras" y "asintomáticas" eran términos subjetivos y que la distinción carecía de base científica.²⁶ Además, según alegó el Japón, su medida fitosanitaria tenía en cuenta el riesgo derivado no sólo de las manzanas maduras asintomáticas en que se desarrolla y propaga la niebla del peral y del manzano, sino también la introducción accidental de manzanas infectadas o infestadas en una expedición de manzanas que se consideran maduras asintomáticas destinada al Japón.²⁷

²² Informe del Grupo Especial, párrafo 2.6.

²³ *Ibid.*, párrafos 2.1 y 2.6.

²⁴ *Ibid.*, párrafos 4.25 y 4.26.

²⁵ *Ibid.*, párrafo 8.26.

²⁶ *Ibid.*, párrafos 4.99 y 8.26.

²⁷ *Ibid.*, párrafo 8.28 b).

11. A la luz de esta discrepancia entre las partes acerca del alcance del producto objeto de la diferencia, el Grupo Especial identificó el producto objeto de la medida impugnada. Observó que, si considerase que el "producto" estaba limitado a "las manzanas maduras asintomáticas", como alegaban los Estados Unidos, "muchos aspectos de la medida impugnada podrían perder *ipso facto* su razón de ser, y resultar incompatibles con el *Acuerdo MSF*".²⁸ Si, por el contrario, el Grupo Especial concluyera que el producto impugnado es "cualquier manzana" exportada al Japón desde los Estados Unidos, entonces el Grupo Especial tendría que analizar el fundamento de las prescripciones impuestas por el Japón en su conjunto.²⁹ El Grupo Especial también observó que sería "ilógico" aceptar la calificación hecha por los Estados Unidos porque impediría al Grupo Especial examinar ciertos aspectos de la medida que podrían ser pertinentes, aunque no se refirieran expresamente a las manzanas maduras asintomáticas.³⁰

12. Además, el Grupo Especial indicó que la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada por los Estados Unidos sólo hacía referencia a "manzanas estadounidenses", lo que es menos específico que "manzanas maduras asintomáticas". El Grupo Especial dijo que el hecho de que los Estados Unidos tuvieran intención de referirse "sólo" a manzanas maduras asintomáticas en su comunicación no afecta al mandato del Grupo Especial.³¹ Por último, el Grupo Especial observó que había métodos científicos para determinar la madurez de las manzanas, y que la susceptibilidad de las manzanas a la niebla del peral y del manzano se vinculaba con su madurez.

13. Considerando los argumentos de las partes, así como las opiniones de los expertos³², el Grupo Especial determinó que, en una etapa inicial, el alcance de la diferencia no debía restringirse a las manzanas maduras asintomáticas. Consideró que sería particularmente inapropiado limitar el alcance de la diferencia antes de haber examinado los fundamentos del caso sobre la base de dos premisas en que, según constató el Grupo Especial, se apoyaba la definición del producto objeto de la diferencia

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.30. Como ejemplo de aspectos de la medida que así podrían perder su razón de ser, el Grupo Especial citó las prescripciones sobre medidas que debían adoptarse respecto de las manzanas antes de la recolección (*ibid.*).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, párrafo 8.31. Entre los aspectos de la medida que podrían ser pertinentes, a pesar de no referirse a las manzanas maduras asintomáticas, figuraban las prescripciones relativas a las manzanas que *no pueden exportarse* (es decir, las prohibiciones) (*ibid.*).

³¹ *Ibid.*, párrafo 8.32.

³² El Grupo Especial recurrió al asesoramiento de expertos en consulta con las partes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* (*ibid.*, párrafos 6.1 a 6.4).

hecha por los Estados Unidos: i) que las manzanas maduras asintomáticas no son una "vía"³³ para la niebla del peral y del manzano; y ii) que las expediciones de los Estados Unidos al Japón sólo contienen manzanas maduras asintomáticas.³⁴

C. *La medida en cuestión*

14. Los Estados Unidos alegaron ante el Grupo Especial que, mediante la aplicación de diversos instrumentos jurídicos³⁵, el Japón mantiene nueve prohibiciones o requisitos impuestos a la importación de manzanas provenientes de los Estados Unidos.³⁶ Con respecto a la exposición hecha

³³ Entendemos que el Grupo Especial empleó la expresión "vía" para referirse a las etapas que debe recorrer una enfermedad para su transmisión de una planta a otra planta huésped. En este informe empleamos la expresión en igual sentido.

³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.33.

³⁵ El Grupo Especial indicó los siguientes medios por los cuales el Japón impuso las prohibiciones o restricciones pertinentes respecto de esta diferencia: i) la Ley de Protección de la Planta (Ley N° 151; promulgada el 4 de mayo de 1950), modificada; ii) el Reglamento para la Protección de la Planta (Ordenanza N° 73 del Ministerio de Agricultura, Silvicultura y Pesca; promulgado el 30 de junio de 1950), modificado; iii) la Notificación N° 354 del Ministerio de Agricultura, Silvicultura y Pesca (de fecha 10 de marzo de 1997); y iv) las normas y reglamentos detallados conexos, incluida la Circular 8103 del Ministerio de Agricultura, Silvicultura y Pesca (informe del Grupo Especial, párrafo 8.7).

³⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.5, donde se cita la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos, WT/DS245/2, de 8 de mayo de 2002; la primera comunicación de los Estados Unidos al Grupo Especial, párrafo 19; y las respuestas de los Estados Unidos a preguntas adicionales formuladas por el Grupo Especial, 28 de enero de 2003, párrafo 2. Los nueve requisitos indicados por los Estados Unidos son los siguientes:

- a) la prohibición de importar manzanas procedentes de estados de los Estados Unidos, con excepción de las producidas en zonas designadas de los Estados de Oregón o Washington;
- b) la prohibición de importar manzanas procedentes de huertos donde haya plantas en las que se detecte la niebla del peral y del manzano o en los que haya plantas huéspedes de la niebla del peral y del manzano (distintas de los manzanos), infectadas o no infectadas;
- c) la prohibición de importar manzanas procedentes de cualquier huerto (afectado o no por la niebla del peral y del manzano) si se detectara niebla del peral y del manzano en una zona tampón de 500 metros alrededor de dicho huerto;
- d) la exigencia de que los huertos de exportación se controlen tres veces al año (en períodos de flor, fruta y recolección) para detectar la presencia de niebla del peral y del manzano a efectos de aplicar las prohibiciones arriba citadas;
- e) un tratamiento con cloro, posterior a la recolección, de la superficie de las manzanas exportadas;

por los Estados Unidos de los requisitos para la importación de manzanas provenientes de su territorio, el Japón alegó que dos de ellos sólo constituían "medidas de procedimiento" comunes a todas las medidas fitosanitarias³⁷, y que uno de ellos debió haberse indicado, en realidad, como dos requisitos separados.³⁸

15. El Grupo Especial decidió considerar los múltiples requisitos impuestos a la importación de manzanas provenientes de los Estados Unidos como una única medida que debía examinarse con arreglo al *Acuerdo MSF*.³⁹ Con respecto a los requisitos concretos que habrían de considerarse elementos de esa única medida, el Grupo Especial constató que los dos requisitos que el Japón alegaba que eran "de procedimiento" constituían, sin embargo, "medidas fitosanitarias" conforme a la definición del *Acuerdo MSF*, y formaban parte del conjunto de condiciones que debían cumplirse para la importación de manzanas procedentes de los Estados Unidos.⁴⁰ El Grupo Especial también parece haber estado de acuerdo con el Japón en su alegación de que uno de los requisitos señalados por los Estados Unidos debía entenderse, en realidad, como dos requisitos separados. En consecuencia, el Grupo Especial estableció que el objeto de esta diferencia era *una* medida que estaba compuesta por los 10 elementos siguientes, aplicados acumulativamente:

- | | |
|----|--|
| a) | las frutas deben producirse en huertos designados libres de la niebla del peral y del manzano. La designación de una zona libre de la niebla del peral y del |
|----|--|
-
- | | |
|----|---|
| f) | prescripciones relativas a la producción, tales como un tratamiento con cloro de los contenedores para la recolección y de las líneas empaquetadoras; |
| g) | la separación, posterior a la recolección, de las manzanas destinadas a la exportación al Japón y las frutas destinadas a otros mercados; |
| h) | la certificación por los funcionarios a cargo de la protección de las plantas de los Estados Unidos de que las frutas no están afectadas por la niebla del peral y del manzano y han sido tratadas con cloro después de la recolección; y |
| i) | la confirmación por funcionarios japoneses de la certificación de los funcionarios estadounidenses y la inspección por funcionarios japoneses de las instalaciones de desinfección y empaquetado. |

(Informe del Grupo Especial, párrafo 8.5; se ha omitido la nota de pie de página.)

³⁷ Los dos requisitos de los que se alegó que eran "de procedimiento" son los puntos h) e i), *supra* (nota 36).

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6. El Japón alegó que el punto f), *supra* (nota 36) debía considerarse como dos requisitos independientes: uno relativo al tratamiento con cloro de los contenedores empleados para la recolección y uno para el tratamiento con cloro de las instalaciones de empaquetado.

³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.17.

⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 8.24.

manzano como huerto de exportación es competencia del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, a solicitud del propietario del huerto. Toda detección mediante una inspección de un árbol afectado por la niebla del peral y del manzano en esta zona deslegitimará el huerto. Actualmente, la designación sólo se acepta para huertos en los Estados de Washington y Oregón;

- b) el huerto de exportación deberá estar libre de plantas infectadas por la niebla del peral y del manzano y de plantas huéspedes de la niebla del peral y del manzano (distintas de los manzanos), infectadas o no;
- c) el huerto no afectado por la niebla del peral y del manzano deberá estar rodeado por una zona tampón de 500 metros. La detección de un árbol o planta afectados por la niebla del peral y del manzano en esa zona deslegitimará el huerto de exportación;
- d) el huerto libre de la niebla del peral y del manzano y la zona tampón circundante deberán controlarse al menos tres veces al año. Los funcionarios estadounidenses controlarán visualmente dos veces, en los períodos de flor y fruta, la zona de exportación y la zona tampón para detectar cualquier síntoma de la niebla del peral y del manzano. Funcionarios japoneses y estadounidenses realizarán conjuntamente inspecciones visuales de esos lugares en épocas de recolección. Se necesitarán inspecciones adicionales después de cualquier tormenta fuerte (como una granizada);
- e) las manzanas recolectadas deberán tratarse mediante desinfección en superficie por inmersión en una solución de hipocloruro de sodio;
- f) los contenedores para la recolección deberán desinfectarse con cloro;
- g) el interior de la línea de empaquetado deberá desinfectarse mediante un tratamiento con cloro;
- h) después de la recolección, las frutas destinadas al Japón deberán mantenerse separadas de otras frutas;
- i) funcionarios de protección fitosanitaria de los Estados Unidos deberán certificar que las frutas están libres de la niebla del peral y del manzano y han sido tratadas con cloro después de la recolección; y
- j) funcionarios japoneses deberán confirmar la certificación de los funcionarios estadounidenses, y funcionarios japoneses deberán inspeccionar las instalaciones de embalaje.⁴¹ (se ha omitido la nota a pie de página)

16. En la audiencia, ninguno de los participantes discutió que la medida establecida por el Grupo Especial, indicada en el párrafo precedente, resultante de la aplicación de varios instrumentos

⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.25, apartados a) a j).

jurídicos relacionados con la cuarentena y otras restricciones impuestas por el Japón a productos agropecuarios importados, es la medida a la que se refiere esta apelación.⁴²

III. Argumentos de los participantes y los terceros participantes

A. Alegaciones de error formuladas por el Japón - Apelante

1. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF

17. El Japón sostiene que el Grupo Especial, al evaluar la alegación de los Estados Unidos basada en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, incurrió en error en su conclusión de que la medida del Japón, aplicada a manzanas infectadas y a manzanas maduras asintomáticas, se mantiene sin testimonios científicos suficientes. En opinión del Japón, el Grupo Especial no asignó debidamente la carga de la prueba correspondiente al párrafo 2 del artículo 2 porque llegó a una conclusión incorrecta sobre la alegación de los Estados Unidos a pesar de que éstos no habían logrado acreditar una presunción respecto de las manzanas infectadas ni tampoco respecto de las manzanas maduras asintomáticas.

18. En primer lugar, en lo tocante a las manzanas *infectadas*, el Japón alega que, para acreditar una presunción respecto del párrafo 2 del artículo 2 acerca de la suficiencia de los testimonios científicos sobre el riesgo de que la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano se recorriera en su totalidad a través de manzanas infectadas, los Estados Unidos debían probar: i) que la vía no se recorrería en su totalidad aunque las manzanas infectadas se exportasen al Japón; o bien ii) que los testimonios científicos del Japón sobre el riesgo serían de todos modos insuficientes para la medida en litigio. Pero los Estados Unidos, según alega el Japón, limitaron sus pruebas sobre la cuestión de las vías de propagación de la niebla del peral y del manzano a la transmisión de la enfermedad a través de manzanas maduras asintomáticas. Por lo tanto, según el Japón, los Estados Unidos no presentaron ninguna alegación fáctica ni prueba respecto de las manzanas infectadas. En realidad, según alega el Japón, los Estados Unidos "desecharon explícitamente cualquier intento o tentativa" de acreditar *prima facie* la insuficiencia de los testimonios científicos sobre el riesgo generado por las manzanas infectadas.⁴³ El Japón alega que el Grupo Especial, ante la falta de esa prueba *prima facie*, estaba obligado a constatar que el Japón no había actuado en forma incompatible con las obligaciones que le imponía el párrafo 2 del artículo 2.

⁴² Respuestas del Japón y de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

⁴³ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 23.

19. El Japón sostiene que la constatación del Grupo Especial de que el Japón actuó en forma incompatible con sus obligaciones respecto de la aplicación de su medida a las manzanas infectadas tenía como premisa el criterio del Grupo Especial de que correspondía al Japón la carga de la prueba en lo tocante al riesgo planteado por las manzanas infectadas. El Japón sostiene que, como los Estados Unidos se habían abstenido de afirmar y acreditar una presunción respecto de las manzanas infectadas, no tenían derecho a una presunción de que la medida se mantenía sin testimonios científicos suficientes. Citando el informe del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, el Japón añade que el desplazamiento de la carga de la prueba al Japón fue "prematureo"⁴⁴ porque se efectuó *antes* de que los Estados Unidos acreditaran una presunción. Por lo tanto, según el Japón, el Grupo Especial incurrió en error al pasar por alto la falta de una presunción acreditada por los Estados Unidos y desplazar la carga de la prueba atribuyéndola al Japón.

20. El Japón se refiere a las posibles explicaciones que podrían justificar una constatación de un grupo especial sin que se hubiera acreditado una presunción. El Japón sostiene que esas posibles explicaciones son inaplicables al presente caso o carecen de fundamento jurídico. En primer lugar, el Japón examina la posibilidad de que un grupo especial pudiera constatar determinado hecho -no afirmado específicamente por el reclamante- si éste ha hecho una aseveración general sobre los hechos en relación con la norma en cuestión. Pero el Japón alega que en el presente caso los Estados Unidos no sólo no trataron una alegación fáctica determinada sobre las manzanas infectadas, sino que conscientemente rehusaron formular esa alegación sobre los hechos y pidieron que el Grupo Especial suprimiera la constatación. Por lo tanto, en opinión del Japón, no existe ningún argumento general sobre los hechos, formulado por el reclamante, que pudiera servir como argumento global para que el Grupo Especial formulara una constatación específica.⁴⁵

21. El Japón examina también la posibilidad de que los grupos especiales pudieran estar autorizados a "extraer" un planteo general de la argumentación de la parte reclamante con independencia de que ésta efectivamente hubiera formulado o no determinada alegación.⁴⁶ Pero, según el Japón, el Órgano de Apelación "rechazó implícitamente este tipo de extracción arbitraria de

⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, página 7, subtítulo ii).

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 30.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 32.

argumentos"⁴⁷ en *Japón - Productos agrícolas II*, al revocar la constatación del Grupo Especial referente al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.⁴⁸

22. Por último, el Japón alega que la conclusión del Grupo Especial acerca de las manzanas *infectadas* podría ser razonable si el riesgo de propagación de la niebla del peral y del manzano a través de las manzanas infectadas se invocara como una "excepción" ("*defensive plea*"), respecto de la cual la carga de la prueba recae normalmente en el demandado.⁴⁹ Pero el párrafo 2 del artículo 2, según alega el Japón, no impone ningún requisito de prueba al Miembro importador. Debido a ello, a juicio del Japón, recae en el reclamante la carga de probar la inexistencia de testimonios científicos suficientes acerca de la medida respecto de determinada vía, y no corresponde al demandado acreditar la existencia de tales testimonios.

23. Para el Japón, la constatación del Grupo Especial sobre incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 se basa, en parte, en la constatación errónea de que se ha acreditado una presunción respecto de las manzanas *infectadas*. Por lo tanto, el Japón pide que el Órgano de Apelación revoque la constatación del Grupo Especial según la cual la medida en cuestión se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

24. Pasando a la alegación del Japón referente a las manzanas maduras asintomáticas, el Japón aduce que el Grupo Especial no respetó la discrecionalidad que confiere el párrafo 2 del artículo 2 al Miembro importador en cuanto a la evaluación de los testimonios científicos pertinentes. El Japón sostiene que esta interpretación errónea del párrafo 2 del artículo 2 llevó al Grupo Especial a concluir equivocadamente que los Estados Unidos habían acreditado una presunción referente al párrafo 2 del artículo 2 respecto de las manzanas maduras asintomáticas.

25. El Japón sostiene que el párrafo 2 del artículo 2 no impone a los Miembros ningún método determinado para evaluar los testimonios científicos. En consecuencia, según el planteo del Japón, esa norma debe interpretarse y aplicarse en forma que otorgue "cierto grado de discrecionalidad" al Miembro importador para determinar el modo de escoger, apreciar y evaluar esos testimonios científicos.⁵⁰ El Japón alega que el Grupo Especial no otorgó esa discrecionalidad al examinar los testimonios científicos presentados por el Japón porque "el Grupo Especial evaluó los testimonios

⁴⁷ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 32 (las cursivas figuran en el original).

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 143 h).

⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 38. (las cursivas figuran en el original)

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 76.

científicos en conformidad con el criterio de los expertos, a pesar de la opinión contraria de un Miembro importador (el Japón)".⁵¹ Como ejemplo del criterio inadecuado seguido por el Grupo Especial, el Japón señala que éste constató que "es improbable que las manzanas maduras estén infectadas por la niebla del peral y del manzano si no presentan ningún síntoma", a pesar que el Japón había presentado pruebas de un experimento que indicaba lo contrario.⁵²

26. El Japón señala que el análisis del riesgo del Grupo Especial fue distinto de la evaluación del riesgo efectuada por el Japón. A su juicio, el Grupo Especial procedió del siguiente modo: dividió en componentes individuales el riesgo general de que las manzanas sirvieran de vía para la entrada, la radicación y la propagación de la niebla del peral y del manzano; determinó el nivel de riesgo de cada uno de esos componentes; y examinó si el riesgo correspondiente a cada componente se había establecido con testimonios científicos suficientes.⁵³ En cambio, según alega el Japón, su propia evaluación del riesgo se ajusta a los hechos históricos y la transmisión transoceánica de la bacteria, el rápido crecimiento del comercio internacional y la falta de conocimientos acerca de las vías de propagación de la niebla del peral y del manzano. El Japón sostiene que el Grupo Especial no debería haber desechado el método seguido por el Japón para la evaluación del riesgo, que era "razonable, así como científico" y se basaba en "la prudencia y la precaución".⁵⁴ Por lo tanto, según el Japón, el inadecuado análisis del Grupo Especial sobre los testimonios científicos en que se basaba la medida del Japón no reconoció la discrecionalidad que el párrafo 2 del artículo 2 confiere al Miembro importador.

27. El Japón afirma que el Grupo Especial, como consecuencia de su interpretación equivocada del párrafo 2 del artículo 2, constató erróneamente que los Estados Unidos habían acreditado una presunción respecto de las manzanas maduras asintomáticas. El Japón sostiene que los Estados Unidos no crearon "una presunción de que no [hubiera] informes o estudios científicos *pertinentes*"⁵⁵ que apoyaran la medida en litigio porque no refutaron los siguientes puntos que el Japón acreditó: i) la causa desconocida de la propagación transoceánica de la niebla del peral y del manzano; y ii) la posibilidad de que una manzana fisiológicamente madura estuviera infectada y se embarcase al Japón

⁵¹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 78.

⁵² *Ibid.*, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.139. (las cursivas figuran en el original)

⁵³ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 72, con citas del informe del Grupo Especial, párrafos 8.89, 8.122, 8.139, 8.153, 8.157 y 8.161.

⁵⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 81 y 82.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 83, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.106. (las cursivas figuran en el original)

antes de presentar síntomas perceptibles. Debido a ello, a juicio del Japón, el Grupo Especial no podía llegar correctamente a la conclusión de que la medida era incompatible con las obligaciones impuestas al Japón por el párrafo 2 del artículo 2.

28. En consecuencia, el Japón pide que el Órgano de Apelación revoque la constatación del Grupo Especial de que la medida en litigio se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

2. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

29. El Japón impugna la interpretación excesivamente "estrecha"⁵⁶ del Grupo Especial sobre el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y su consiguiente constatación de que el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano, a través de manzanas estadounidenses, a plantas del Japón no constituye un caso en que "los testimonios científicos pertinentes [son] insuficientes", como requiere el párrafo 7 del artículo 5.

30. El Japón sostiene que, según el Grupo Especial, el párrafo 7 del artículo 5 no se aplica a la actual situación de la niebla del peral y del manzano, en que existen estudios científicos y experiencias prácticas, porque esa norma estaba destinada a las situaciones "en las que se disponía de pocos testimonios fiables, o de ninguno, sobre *la cuestión objeto de examen*".⁵⁷ A juicio del Japón, esta interpretación de la norma es "desmedidamente estrecha" porque el párrafo 7 del artículo 5 también debería aplicarse a una situación en que, si bien existe abundante bibliografía sobre "cierto fenómeno fitosanitario"⁵⁸, hay determinados aspectos de ese fenómeno sobre el cual no se cuenta con testimonios, o subsisten preguntas que no han sido respondidas.⁵⁹

31. El Japón sostiene que el Grupo Especial se basó en el asunto *Japón - Productos agrícolas II* indebidamente para su interpretación del párrafo 7 del artículo 5, porque la decisión del Órgano de Apelación en ese asunto no excluye *a priori* la aplicación del párrafo 7 del artículo 5 ni siquiera cuando los testimonios científicos pertinentes son suficientes "*en general*".⁶⁰ El Japón sostiene que la

⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 94.

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 93, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.219. (sin cursivas en el original; las cursivas figuran en la cita del Japón)

⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 94.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 95, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.218. (las cursivas figuran en el original)

frase "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes", del párrafo 7 del artículo 5, debe interpretarse en relación con "una situación *particular*" referente a "una medida *en particular*" o a "un riesgo *en particular*".⁶¹ Por lo tanto, el Japón alega que las situaciones diferentes relativas a una misma enfermedad deben considerarse por separado y no en general a los efectos del párrafo 7 del artículo 5 porque pueden corresponder a "dos conjuntos distintos de pruebas o informaciones que difieren entre sí en grado importante".⁶²

32. El Japón sostiene que la conclusión del Grupo Especial, en su análisis correspondiente al párrafo 7 del artículo 5, tiene como premisa su evaluación según la cual, con respecto a la niebla del peral y del manzano, "se han acumulado tanto estudios científicos como experiencias prácticas en los últimos 200 años".⁶³ El Japón sostiene que el Grupo Especial no estaba autorizado a basar su conclusión en la "historia" de 200 años de estudios y experiencias prácticas porque los Estados Unidos no habían alegado que esa "historia" quitara fundamento a la adopción de la medida provisional por el Japón con arreglo al párrafo 7 del artículo 5.⁶⁴ Según el Japón, como los Estados Unidos no habían planteado por sí mismos tal objeción basada en la "historia" de los testimonios y las experiencias referentes a la niebla del peral y del manzano, el Grupo Especial no podía extraer una conclusión relativa al párrafo 7 del artículo 5 sobre la base de esa "historia".

33. El Japón alega además que la interpretación del Grupo Especial sobre el párrafo 7 del artículo 5 establece implícitamente una distinción inadecuada entre lo que el Japón denomina "incertidumbre no resuelta" e "incertidumbre nueva", y que esa distinción no está en conformidad con el texto del *Acuerdo MSF*. El Japón emplea la expresión "incertidumbre no resuelta" para referirse a la incertidumbre que los testimonios científicos existentes no pueden resolver a pesar de su acumulación durante un período prolongado.⁶⁵ La "incertidumbre nueva", según el Japón, se refiere a los casos en que se ha determinado un nuevo riesgo y hay pocos o ningún testimonio científico fiable a su respecto.⁶⁶

⁶¹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 96. (sin cursivas en el original)

⁶² *Ibid.*, párrafo 96.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 93, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.219, y párrafo 97.

⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 97.

⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 98.

⁶⁶ *Ibid.*, y su nota 76.

34. El Japón alega que la interpretación dada por el Grupo Especial al párrafo 7 del artículo 5 le quitaría toda aplicabilidad siempre que se hubiesen acumulado a lo largo de los años estudios científicos, así como experiencias prácticas, sobre el riesgo en general. Según el Japón, esto supone que los casos de "incertidumbre no resuelta" no quedarían abarcados por el párrafo 7 del artículo 5; el Japón sostiene que tal "inflexibilidad" no tiene fundamento en el texto ni en una interpretación correcta de la disposición.⁶⁷ Según el Japón, el párrafo 7 del artículo 5 no hace distinción alguna entre una "incertidumbre nueva" y una "incertidumbre no resuelta", por lo que abarca las incertidumbres de ambos tipos.

35. El Japón afirma que la norma de los "testimonios científicos suficientes", del párrafo 2 del artículo 2, exige la existencia de una relación racional entre los testimonios y una medida *en particular*. El Japón señala también que el Órgano de Apelación, en *Japón - Productos agrícolas II*, calificó la disposición del párrafo 7 del artículo 5 como "exención *cualificada*"⁶⁸ del requisito de los "testimonios científicos suficientes", del párrafo 2 del artículo 2. De este modo, según alega el Japón, en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 la frase "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes", del párrafo 7 del artículo 5, debe interpretarse debidamente como una referencia a "una situación específica respecto a una *medida* específica a la que se aplica el párrafo 2 del artículo 2 (o a un riesgo específico), pero no en general, a un *asunto* concreto, que el párrafo 2 del artículo 2 no aborda".⁶⁹

36. Como el párrafo 7 del artículo 5 tiene por objeto abarcar tanto situaciones de "incertidumbre no resuelta", así como de "incertidumbre nueva", el Japón alega que la "incertidumbre no resuelta" de este caso fue desechada indebidamente por el Grupo Especial. El Japón afirma que, en el caso presente, el Grupo Especial constató que seguía existiendo una "incertidumbre científica no resuelta" acerca del riesgo de embarque de manzanas infectadas, a pesar de 200 años de experiencia respecto de la niebla del peral y del manzano.⁷⁰ Según el Japón, los propios expertos manifestaron la necesidad de cautela respecto de las incertidumbres no resueltas, al considerar razonable que se mantuviera el requisito de los huertos libres de la niebla del peral y del manzano y expresar fuertes reservas acerca de la posibilidad de eliminar a la vez todos los elementos de la medida fitosanitaria del Japón. El Japón alega, además, que ninguno de los expertos consultados por el Grupo Especial impugnó un

⁶⁷ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 100.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 102, con cita del informe del Órgano de Apelación, párrafo 80. (las cursivas figuran en el original)

⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 102. (las cursivas figuran en el original)

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 106.

nuevo experimento que el Japón presentó durante las actuaciones del Grupo Especial para demostrar la posibilidad de infección del interior de la manzana a través del pedúnculo. Para el Japón, los resultados del experimento indican que la información con que se cuenta sobre la infección de la fruta dista mucho de ser concluyente, contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos. El Japón añade que el hecho de que otros países no impongan medidas fitosanitarias frente a la "incertidumbre no resuelta" sobre la niebla del peral y del manzano no significa necesariamente que esa incertidumbre no exista o sea insignificante. Por el contrario, según el Japón, es prerrogativa de cada Miembro importador, según su nivel adecuado de protección, determinar si acepta o no esa incertidumbre.

37. El Japón sostiene también que este asunto se refiere a una "incertidumbre nueva", *así como* a una "incertidumbre no resuelta". Remitiéndose al testimonio de los expertos, el Japón alega que si tiene que eliminar o modificar su medida fitosanitaria para ponerla en conformidad con el párrafo 2 del artículo 2, los efectos de tal medida crearán una "incertidumbre nueva", pues la modificación de los requisitos fitosanitarios dará lugar a una nueva situación de riesgo respecto de la cual son pocos, o ninguno, los testimonios fiables. Por lo tanto, a juicio del Japón, aún con la interpretación indebidamente estrecha que el Grupo Especial da al párrafo 7 del artículo 5, esta disposición debe considerarse aplicable al presente caso.

38. El Japón afirma que el Grupo Especial incurrió en error al llegar a la conclusión de que no se cumplía el primero de los cuatro requisitos previos de una medida provisional conforme al párrafo 7 del artículo 5 formulados por el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II* (es decir, la existencia de un caso en que los testimonios científicos pertinentes fueran insuficientes). El Japón afirma además que el Grupo Especial debió haber examinado si las medidas del Japón cumplían o no los otros tres requisitos de una medida provisional. En consecuencia, el Japón pide que el Órgano de Apelación complete el análisis jurídico respecto de los tres requisitos previos restantes indicados en *Japón - Productos agrícolas II* para la adopción de medidas provisionales.⁷¹ A este respecto, el Japón sostiene que esos otros tres requisitos están cumplidos.

39. El Japón pide, por lo tanto, que el Órgano de Apelación revoque la constatación del Grupo Especial referente al párrafo 7 del artículo 5, complete el análisis jurídico y constate que la medida del Japón constituye una medida provisional conforme al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.⁷²

⁷¹ Véase *infra*, párrafo 60.

⁷² Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 121.

3. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

40. El Japón apela la interpretación jurídica del Grupo Especial sobre el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Japón alega que la constatación del Grupo Especial según la cual el Japón actuó en forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 tiene como premisa esta interpretación equivocada, en particular, por tres errores jurídicos cometidos por el Grupo Especial al aplicar esa disposición a su examen de la evaluación del riesgo efectuada por el Japón (que el Grupo Especial denomina "ARP de 1999").⁷³

41. En primer lugar, el Japón alega que el Grupo Especial interpretó indebidamente que el párrafo 1 del artículo 5 exigía que la evaluación del riesgo fuese "específica" respecto de la manzana. En opinión del Japón, el párrafo 1 del artículo 5 requiere una "evaluación del riesgo"; pero no dice de qué *modo* preciso debe realizarse. En consecuencia, según el Japón, el requisito de "especificidad" indicado en *CE - Hormonas* debe entenderse como una referencia a "[la especificidad del] riesgo", y no a "la forma en que se efectúa la evaluación del riesgo".⁷⁴ Sobre la base de esta interpretación, el Japón estima que carece de trascendencia jurídica la observación del Grupo Especial de que la evaluación del riesgo llevada a cabo por el Japón se realizó "sobre la base de una *evaluación general* de las posibilidades de introducción de la niebla del peral y del manzano en el Japón a través de distintos huéspedes, entre ellos *las manzanas, pero no sólo ellas*".⁷⁵ El Japón subraya que llevó a cabo su evaluación del riesgo de plagas respecto de la niebla del peral y del manzano conforme a su propia "metodología", que toma en consideración "todas las importaciones de plantas y frutas que pueden ser vectores de la bacteria".⁷⁶ La elección de esa metodología, según el Japón, se encuentra perfectamente comprendida en la discrecionalidad que el párrafo 1 del artículo 5 otorga a cada

⁷³ El "ARP de 1999" se refiere al Informe sobre el análisis del riesgo de plagas relativo al microorganismo patógeno niebla del peral y del manzano (*Erwinia amylovora*), manzanas frescas producidas en los Estados Unidos de América", Ministerio de Agricultura, Silvicultura y Pesca, División de Protección Fitosanitaria (agosto de 1999); Prueba documental 32 presentada por el Japón al Grupo Especial. Este análisis sobre el riesgo de plagas sigue a otro anterior que el Grupo Especial consideró pertinente respecto de la entrada y propagación de la niebla del peral y del manzano (informe del Grupo Especial, párrafo 8.246), indicado por el Japón como "Análisis del riesgo de plagas relativo al agente patógeno de la niebla del peral y del manzano (*Erwinia amylovora*)" (1996); Prueba documental 31 presentada por el Japón al Grupo Especial. El Grupo Especial observó que "las partes están de acuerdo en que el ARP de 1999 es el principal documento pertinente" que correspondía evaluar como el análisis del riesgo efectuado por el Japón con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* (informe del Grupo Especial, párrafo 8.247). En la audiencia, ambos participantes reafirmaron que el análisis del Grupo Especial sobre el párrafo 1 del artículo 5 se había centrado en el ARP de 1999.

⁷⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 129.

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.270. (sin cursivas en el original)

⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 128.

Miembro importador para llevar a cabo su evaluación del riesgo. Por lo tanto, el Japón alega que sería "equivocado constatar que el ARP de 1999 no fue suficientemente específico".⁷⁷

42. En segundo lugar, el Japón sostiene que el Grupo Especial interpretó indebidamente el párrafo 1 del artículo 5 en el sentido de que obligaba al Japón a "[tener en cuenta] más medidas que las medidas existentes".⁷⁸ El Japón sostiene que la consideración de otras medidas fitosanitarias diferentes se refiere a la "*metodología*" de la evaluación del riesgo, a la que no se refiere el párrafo 1 del artículo 5.⁷⁹ El Japón señala que, con arreglo a su metodología de evaluación del riesgo, cuando un Miembro exportador formula "una solicitud concreta y una propuesta [para el levantamiento de la prohibición de las importaciones aplicada en principio], tendría que llevarse a cabo una evaluación del riesgo en relación con esa propuesta concreta".⁸⁰ El Japón alega que su utilización de "medidas acumulativas" no corresponde a que su evaluación del riesgo sea inadecuada, como sugiere el Grupo Especial, sino al "alto nivel de protección" que el Japón procura alcanzar.⁸¹ Por lo tanto, a juicio del Japón, el párrafo 1 del artículo 5 no obligaba al Japón a tomar en consideración otras medidas en su evaluación del riesgo.

43. Por último, el Japón alega que el Grupo Especial apreció inadecuadamente la evaluación del riesgo hecha por el Japón a la luz de informaciones que sólo se obtuvieron después de esa evaluación. El Japón traza una distinción entre: i) el cumplimiento del párrafo 1 del artículo 5 en el momento de la evaluación del riesgo "inicial"; y ii) la "persistencia del cumplimiento" de lo dispuesto en esa norma a la luz de informaciones posteriores.⁸² El Japón alega que en el primer caso el Miembro importador debe "completar totalmente" una evaluación del riesgo en conformidad con el *Acuerdo MSF*, haciéndolo sobre la base de "la información disponible en [ese] momento".⁸³ En el segundo caso no sería razonable la exigencia de una "evaluación del riesgo formal y completa"⁸⁴ inmediatamente después de haberse descubierto nuevas pruebas⁸⁵ y, por lo tanto, las pruebas recién

⁷⁷ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 129.

⁷⁸ *Ibid.*, párrafo 133, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.285.

⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 133. (sin cursivas en el original)

⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 133.

⁸¹ *Ibid.*, párrafo 134.

⁸² *Ibid.*, párrafo 136.

⁸³ *Ibid.*, párrafo 135.

⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 136.

⁸⁵ *Ibid.*, párrafo 138.

descubiertas sólo deberían tomarse en consideración "en el contexto de una investigación acerca de si ... la parte *sigue cumpliendo* lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5".⁸⁶

44. En lo tocante a la información ulterior, el Japón plantea tres argumentos para considerar que no es razonable la exigencia de una evaluación del riesgo "completa". En primer lugar, el Japón alega que debe darse al Miembro importador la oportunidad de examinar si la nueva información justifica necesariamente una nueva evaluación del riesgo. En segundo lugar, como el *Acuerdo MSF* no contiene ningún requisito de que la evaluación del riesgo sea un proceso formal, y el Japón ya ha tenido en cuenta las pruebas recientes presentadas por los Estados Unidos y Nueva Zelandia durante las actuaciones del Grupo Especial, el Japón sostiene que ya ha "cumplido en lo sustancial los requisitos sobre evaluación del riesgo" del párrafo 1 del artículo 5.⁸⁷ Por último, el Japón observa que lleva tiempo completar un proceso formal de evaluación del riesgo y que el examen de informaciones nuevas es "un proceso permanente".⁸⁸ Como esas informaciones llegan a conocimiento del Miembro importador en forma "fragmentaria", el Japón alega que no cabe esperar que el Miembro importador lleve a cabo una "evaluación del riesgo completa" respecto de cada nuevo elemento de prueba.⁸⁹ Por lo tanto, a juicio del Japón, "el requisito de una evaluación del riesgo formal debe significar que la evaluación tiene que llevarse a cabo oportunamente".⁹⁰

45. El Japón, por lo tanto, pide que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial respecto del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

4. Artículo 11 del ESD

- a) La evaluación objetiva realizada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

46. El Japón impugna en la apelación el análisis del Grupo Especial sobre la posibilidad de que se recorra en su totalidad la última etapa de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas "infectadas". Según el Japón, los errores del Grupo Especial en ese análisis representan la omisión de una "evaluación objetiva de los hechos" conforme al artículo 11 del ESD.

⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 136. (sin cursivas en el original)

⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 137.

⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 138.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

47. En primer lugar, con referencia al razonamiento del Grupo Especial que se expone en el párrafo 8.166 de su informe, el Japón alega que las pruebas y las opiniones de los expertos en que se apoyó el Grupo Especial se referían a la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano a partir de manzanas maduras asintomáticas y no tenían en cuenta la transmisión a través de manzanas *infectadas*. El Japón sostiene que el Grupo Especial no expuso de qué modo debían aplicarse las pruebas referentes a las manzanas *maduras asintomáticas* a la cuestión de las manzanas *infectadas* y, por lo tanto, el Grupo Especial se basó equivocadamente en esas pruebas al llegar a una conclusión respecto de *todos* los tipos de manzanas.

48. En segundo lugar, el Japón afirma que, en el mismo párrafo de su informe, el Grupo Especial, al examinar las pruebas sobre experimentos con manzanas inoculadas, cometió un "error de hecho"⁹¹ al declarar que las "manzanas descartadas no han dado lugar a ninguna contaminación visible, *incluso en los casos en que se ha comunicado la existencia de exudado*".⁹² Según el Japón, esta afirmación presenta en términos inexactos los estudios científicos en que se basa, que en realidad indicaban que no se había observado ningún exudado, y es incompatible con otras pruebas que figuran en el expediente del Grupo Especial. Este "error especial" de la constatación, a juicio el Japón, "supone que este párrafo fundamental sobre la posibilidad de que la vía se recorra en su totalidad no fue objeto de reflexión detenida", y por lo tanto es incompatible con la norma de examen del artículo 11 del ESD.⁹³

49. En tercer término, el Japón señala que el Grupo Especial rechazó el argumento de los Estados Unidos de que la prudencia en que insistieron los expertos respecto de las modificaciones de la medida del Japón debía asimilarse a un "riesgo teórico" en el sentido en que el Órgano de Apelación describió ese riesgo en *CE - Hormonas*.⁹⁴ Al rechazar esta descripción, el Japón alega que el Grupo Especial necesariamente consideró que el riesgo derivado de las manzanas infectadas era "real" y reconoció implícitamente que, en realidad, la vía a partir de manzanas infectadas podía recorrerse en su totalidad.⁹⁵ A juicio del Japón, la determinación hecha por el Grupo Especial de que el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano a partir de manzanas infectadas no era "teórico" no puede conciliarse con su constatación sobre la probabilidad de que la vía se recorra en su totalidad.

⁹¹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 52.

⁹² *Ibid.*, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.166. (sin cursivas en el informe; las cursivas figuran en la cita del Japón)

⁹³ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 54.

⁹⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 186.

50. En cuarto lugar, el Japón sostiene que el Grupo Especial, en su análisis, no tuvo en cuenta debidamente el "principio de precaución" y la necesidad de prudencia expresada por los expertos. El Japón alega que, aunque las manifestaciones de prudencia de los expertos "no indican una vía concreta de propagación de la enfermedad"⁹⁶, la omisión del Grupo Especial de asignarle "mayor peso"⁹⁷ en su evaluación de las pruebas es incompatible con su deber de realizar una "evaluación objetiva de los hechos" conforme al artículo 11 del ESD.

51. A la luz de esos errores de la evaluación de los hechos realizada por el Grupo Especial, el Japón pide que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial no cumplió sus funciones con arreglo al artículo 11 del ESD al evaluar la alegación de los Estados Unidos relativa al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

b) La evaluación objetiva realizada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

52. El Japón alega que el Grupo Especial no cumplió sus obligaciones con arreglo al artículo 11 del ESD al evaluar la alegación de los Estados Unidos relativa al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En particular, el Japón impugna las conclusiones del Grupo Especial según las cuales la evaluación del riesgo hecha por el Japón (el ARP de 1999) analizó en forma insuficiente la "probabilidad" y las "vías" al examinar la probabilidad de entrada, establecimiento o propagación de la niebla del peral y del manzano.

53. Con respecto a la "probabilidad" considerada en la evaluación del riesgo, el Japón impugna la constatación del Grupo Especial de que el ARP de 1999 no representa "una evaluación cuantitativa o cualitativa" de la "probabilidad" de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano en el Japón.⁹⁸ Según el Japón, el Grupo Especial llegó a esta conclusión errónea por "desconocer los elementos aclaratorios suministrados por el Japón" y basarse exclusivamente en su propia interpretación de la evaluación del riesgo incluida en el ARP de 1999.⁹⁹ Con respecto al examen de las "vías" de transmisión efectuado en la evaluación del riesgo, el Japón alega que el Grupo Especial volvió a basarse exclusivamente en el texto del ARP de 1999, haciendo caso omiso de

⁹⁵ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 61.

⁹⁶ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 68.

⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 69.

⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 130, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.275.

⁹⁹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 131.

las comunicaciones del Japón y demás elementos explicativos acerca del tema. Esa "clara aversión" a tomar en consideración otras pruebas y explicaciones presentadas por el Japón constituye, a juicio de éste, la ausencia de una "evaluación objetiva de los hechos".¹⁰⁰

54. El Japón, por lo tanto, pide que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial actuó en forma incompatible con sus obligaciones con arreglo al artículo 11 del ESD al evaluar la alegación de los Estados Unidos relativa al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

B. *Argumentos de los Estados Unidos - Apelado*

1. Párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

55. Como los Estados Unidos están de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial incurrió en error al formular contrataciones acerca de las manzanas inmaduras¹⁰¹, los Estados Unidos limitan su análisis correspondiente al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* a las manzanas "maduras asintomáticas". A este respecto, los Estados Unidos alegan que los argumentos del Japón a favor de que se revoquen las constataciones del Grupo Especial están basados en una nueva apreciación de las pruebas presentadas al Grupo Especial, o bien en la imposición de criterios jurídicos que "no figuran en el Acuerdo MSF".¹⁰²

56. Los Estados Unidos aducen en primer lugar que las alegaciones del Japón referentes al párrafo 2 del artículo 2 constituyen una impugnación de la determinación de los hechos efectuada por el Grupo Especial. Esas alegaciones, según los Estados Unidos, abarcan la apreciación hecha por el Grupo Especial acerca de la importancia del estudio de van der Zwet de 1990¹⁰³ y de la historia de la propagación transoceánica de la niebla del peral y del manzano, así como de las conclusiones fácticas del Grupo Especial acerca de la posibilidad de infección de las manzanas maduras asintomáticas. Los Estados Unidos sostienen que tal impugnación de la determinación de los hechos efectuada por el Grupo Especial sólo puede plantearse en apelación en el contexto de una alegación basada en el artículo 11 del ESD. Los Estados Unidos señalan que el Japón no alega la violación del artículo 11 respecto de estas cuestiones. En consecuencia, a juicio de los Estados Unidos, el Órgano de

¹⁰⁰ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 132.

¹⁰¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 5. Véase también *infra*, párrafos 82 y siguientes.

¹⁰² Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 15.

¹⁰³ T. Van der Zwet y otros, "Population of *Erwinia Amylovora* on External and Internal Apple Fruit Tissues", *Plant Disease* (1990), vol. 74, páginas 711 a 716; Prueba documental 7 presentada por el Japón al Grupo Especial.

Apelación debe rechazar las alegaciones del Japón referentes al párrafo 2 del artículo 2 y confirmar la constatación del Grupo Especial de que el Japón actuó en forma incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

57. Los Estados Unidos rechazan los argumentos del Japón según los cuales el Grupo Especial no atribuyó el peso debido a la interpretación de las pruebas hecha por el Japón, y en consecuencia no reconoció al Miembro importador la debida "discrecionalidad" en la evaluación de los testimonios científicos y la consiguiente explicación de una medida fitosanitaria.¹⁰⁴ Según los Estados Unidos, la "discrecionalidad" de que gozan los Miembros importadores no debe impedir que un grupo especial constate que la apreciación hecha por un Miembro carece de fundamento en los testimonios científicos. A juicio de los Estados Unidos, la posición del Japón es incompatible con lo declarado por el Órgano de Apelación en *Australia - Salmón* en el sentido de que los grupos especiales "no están obligados a atribuir a las pruebas fácticas presentadas por las partes el mismo sentido y peso que éstas".¹⁰⁵ Los Estados Unidos sostienen que la posición del Japón también "se hace eco" de la interpretación defendida por el Japón y rechazada por el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*.¹⁰⁶

58. Los Estados Unidos rechazan el argumento del Japón de que los Estados Unidos no probaron la inexistencia de testimonios científicos acerca de la posibilidad de que las manzanas "maduras asintomáticas" sirvieran de vía. Los Estados Unidos afirman que el Japón "distorsiona el régimen aplicable de la carga [de la prueba]" convirtiendo el requisito de "crear una presunción" (de inexistencia de testimonios científicos pertinentes que apoyen la medida) en una obligación de "probar que no existen testimonios científicos".¹⁰⁷ Los Estados Unidos sostienen que el *Acuerdo MSF* no puede interpretarse en el sentido de que impone al Miembro reclamante la carga de probar un "hecho negativo"¹⁰⁸, o de refutar "todas las especulaciones sobre riesgos hipotéticos".¹⁰⁹ Según los Estados Unidos, el propio Japón reconoció que sería una tarea "imposible" cumplir esa carga de la

¹⁰⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 19, con cita de la comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 76.

¹⁰⁵ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 267.

¹⁰⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 19, con cita del informe del Órgano de Apelación, párrafo 82.

¹⁰⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 21.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 22.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 20.

prueba.¹¹⁰ Los Estados Unidos alegan que, contrariamente a esa carga imposible, debe darse a la parte reclamante la posibilidad de crear una presunción de inexistencia de testimonios científicos pertinentes.

59. Los Estados Unidos recuerdan que el párrafo 2 del artículo 2 exige que las medidas no se mantengan "sin testimonios científicos suficientes". Según los Estados Unidos, esta prescripción no significa una total eliminación de la "incertidumbre", porque la "incertidumbre" es una característica inherente a la ciencia, que no puede suministrar certidumbres absolutas, como explicó el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*.¹¹¹ En vista de esta incertidumbre que nunca puede eliminarse, los Estados Unidos rechazan por considerarla especulativa la sugerencia del Japón de que "las manzanas *pueden haber sido* el medio por el cual se produjo en el pasado la propagación transoceánica de la niebla del peral y del manzano" y de que "la bacteria *E. Amylovora puede* estar presente en manzanas fisiológicamente maduras".¹¹² Estas proposiciones, según los Estados Unidos, están basadas respectivamente en la alegación de que las causas de la propagación transoceánica todavía son desconocidas, y en que el momento de la maduración no es preciso. Tales "especulaciones", a juicio de los Estados Unidos, no pueden constituir "testimonios científicos suficientes" frente a las investigaciones que establecen que las manzanas maduras no sirven como vía para la transmisión de la niebla del peral y del manzano.

60. Por lo tanto, los Estados Unidos piden que el Órgano de Apelación confirme la constatación del Grupo Especial de que la medida del Japón, aplicada a las manzanas maduras asintomáticas, se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" y, por lo tanto, es incompatible con las obligaciones que impone al Japón el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

2. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

61. Los Estados Unidos apoyan la interpretación y la aplicación del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* hechas por el Grupo Especial. Piden que el Órgano de Apelación desestime la apelación del Japón a este respecto y confirme en consecuencia las constataciones del Grupo Especial.

62. Los Estados Unidos sostienen que el mero hecho de que exista alguna incertidumbre en las pruebas que un grupo especial tiene ante sí, ya se trate de incertidumbres "no resueltas" o "nuevas",

¹¹⁰ *Ibid.*, párrafo 22, con cita de la comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 85.

¹¹¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 23, con cita del informe del Órgano de Apelación, párrafo 186.

¹¹² Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 24. (las cursivas figuran en el original)

no puede justificar la conclusión de que los testimonios científicos pertinentes son insuficientes. Según los Estados Unidos, tal conclusión debe basarse en una evaluación de los propios testimonios. Los Estados Unidos añaden, para ilustrar su argumento, que la incertidumbre acerca de los medios por los que se produjo la propagación transoceánica de la niebla del peral y del manzano no guarda relación con la cuestión de la transmisión de esa enfermedad por las manzanas maduras frente a pruebas "específicas, directas y abundantes" de que las manzanas maduras no transmiten la niebla del peral y del manzano.¹¹³

63. Los Estados Unidos sostienen, además, que el contexto del párrafo 7 del artículo 5 aclara el concepto de "suficiencia" de esa disposición. Los Estados Unidos señalan que la segunda frase de dicha disposición obliga a los Miembros que imponen medidas fitosanitarias provisionales a "obtener la información *adicional* necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo".¹¹⁴ Según los Estados Unidos, esta disposición supone que en el momento en que se adopta la medida provisional no existe la información necesaria para una evaluación objetiva del riesgo. Los Estados Unidos consideran que esta consecuencia es "lógica" porque si existiera información suficiente para una evaluación objetiva del riesgo no haría falta una medida provisional.¹¹⁵ En consecuencia, a juicio de los Estados Unidos, la "suficiencia" de los testimonios pertinentes a que se refiere el párrafo 7 del artículo 5, tiene que definirse en relación con la suficiencia de los testimonios para una evaluación objetiva del riesgo.

64. Con respecto al concepto de "incertidumbre no resuelta", los Estados Unidos alegan que los ejemplos citados por el Japón "ni siquiera constituyen testimonios científicos pertinentes".¹¹⁶ Las manifestaciones de prudencia de los expertos, según los Estados Unidos, se basaban en apreciaciones referentes a las políticas más que en consideraciones científicas, como ellos mismos reconocieron. En opinión de los Estados Unidos, esas manifestaciones no pueden considerarse testimonios *científicos* en el sentido que el Grupo Especial dio a esta expresión.¹¹⁷ Los Estados Unidos también alegan que el estudio inédito citado por el Japón no puede constituir una incertidumbre que dé lugar a la conclusión de insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes,

¹¹³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 29.

¹¹⁴ *Ibid.*, párrafo 30, con cita del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. (cursivas añadidas por los Estados Unidos)

¹¹⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 31.

¹¹⁶ *Ibid.*, párrafo 34.

¹¹⁷ El Grupo Especial declaró que los testimonios científicos son "testimonios recogidos mediante métodos científicos" y que la expresión "excluye en lo fundamental no sólo la información que no está suficientemente fundamentada, sino también cosas como las hipótesis no demostradas" (*ibid.*, párrafo 38, con cita del informe del Grupo Especial, párrafos 8.92 y 8.93).

porque los expertos no estuvieron de acuerdo con el Japón sobre la incertidumbre indicada en ese estudio. De este modo, según los Estados Unidos, las incertidumbres planteadas por el Japón no pueden prevalecer sobre los abundantes estudios referentes a la niebla del peral y del manzano en que se apoyó el Grupo Especial para determinar que los testimonios científicos pertinentes no eran insuficientes.

65. Los Estados Unidos rechazan la tentativa del Japón de determinar una "incertidumbre nueva", que justificaría la medida con arreglo al párrafo 7 del artículo 5. Los Estados Unidos alegan que las incertidumbres relacionadas con la eventual eliminación de la medida del Japón no hacen "insuficientes" los testimonios científicos pertinentes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. A su juicio, esas incertidumbres constituyen "especulaciones hipotéticas" que no cumplen los requisitos del párrafo 7 del artículo 5, del mismo modo que las especulaciones no pueden cumplir los requisitos del párrafo 1 del mismo artículo.¹¹⁸ Los Estados Unidos sostienen que, si se aceptara la interpretación del Japón, "la excepción establecida por el párrafo 7 del artículo 5 haría desaparecer la totalidad del Acuerdo MSF".¹¹⁹

66. Los Estados Unidos alegan que, de cualquier modo, el Japón no cumple los tres criterios restantes del párrafo 7 del artículo 5 establecidos por el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*.¹²⁰ Los Estados Unidos alegan que la medida del Japón no puede basarse en "la información pertinente de que se disponga", como indica el párrafo 7 del artículo 5, porque el Japón no ha citado esa información, que tampoco existe, teniendo en cuenta las pruebas que acreditan la imposibilidad de que la vía se recorra en su totalidad en el caso de las manzanas maduras. Además, según alegan los Estados Unidos, el Japón no ha procurado obtener información adicional para una evaluación del riesgo más objetiva, porque ha "desechado" las pruebas de que las manzanas maduras no son susceptibles a la infección por la niebla del peral y del manzano y a la presencia de la bacteria.¹²¹ Según los Estados Unidos, el Japón tampoco ha revisado la medida en un plazo razonable, ya que "no ha examinado informaciones, y menos aún las ha procurado", acerca de los aspectos decisivos de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano.¹²² De este modo, a juicio de

¹¹⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 42, con cita del informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 186.

¹¹⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 42.

¹²⁰ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 89.

¹²¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 46.

¹²² *Ibid.*, párrafo 47.

los Estados Unidos, el Japón no cumple ninguno de los requisitos correspondientes al párrafo 7 del artículo 5.

67. Por lo tanto, los Estados Unidos piden que el Órgano de Apelación confirme la constatación del Grupo Especial de que el Japón actuó en forma incompatible con las obligaciones que le imponía el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

3. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

68. Los Estados Unidos apoyan la interpretación del Grupo Especial y su análisis del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y en consecuencia piden que el Órgano de Apelación desestime la apelación del Japón a ese respecto.

69. Los Estados Unidos alegan en primer lugar que el Grupo Especial aplicó adecuadamente el requisito de "especificidad" al apreciar la evaluación del riesgo efectuada por el Japón (el ARP de 1999). Los Estados Unidos observan que el Japón reconoce que el ARP de 1999 "no se concentró específicamente en un producto determinado" (en particular, las manzanas).¹²³ Los Estados Unidos refutan, sin embargo, la alegación del Japón según la cual el hecho de que la evaluación del riesgo no se refiriera específicamente a un producto sólo era una cuestión de "metodología", destinada a evaluar el riesgo de múltiples vectores, entre ellos las manzanas. Según los Estados Unidos, la interpretación del Grupo Especial exigió con acierto que la evaluación prevista en el párrafo 1 del artículo 5 se refiriera en grado suficientemente específico al riesgo en cuestión. Los Estados Unidos sostienen que, para que una medida impuesta a un producto determinado esté relacionada "racionalmente" con la evaluación de los riesgos o esté basada en ella, la medida tiene que referirse "específicamente" a un "producto".¹²⁴ El hecho de que el Japón califique como una "metodología" la falta de esa especificidad en el ARP de 1999 no exime a la evaluación del riesgo, según los Estados Unidos, de este requisito de especificidad. Los Estados Unidos sostienen que la evaluación del riesgo efectuada por el Japón evaluó el riesgo respecto de varios huéspedes pero no consideró en grado suficiente los riesgos "relacionados específicamente con el producto de que se trataba: la manzana estadounidense exportada al Japón".¹²⁵ En consecuencia, según sostienen los Estados Unidos, el ARP de 1999 no cumplió el requisito de especificidad del párrafo 1 del artículo 5, como constató correctamente el Grupo Especial.

¹²³ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 50, con cita de la comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 128.

¹²⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 51.

¹²⁵ *Ibid.*, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 7.14.

70. En segundo lugar, los Estados Unidos impugnan el argumento del Japón según el cual, como su "metodología" exigía una evaluación del riesgo en relación con una propuesta de un Miembro exportador, el Japón no estaba obligado a considerar, en el ARP de 1999, ninguna otra medida diferente de las ya aplicadas. Los Estados Unidos alegan que, como señaló el Grupo Especial, "no hay nada en el texto del párrafo 1 del artículo 5 ni en el del párrafo 4 del Anexo A que sugiera que quien debe proponer opciones alternativas es el Miembro exportador".¹²⁶ Por el contrario, según señalan los Estados Unidos, el párrafo 4 del Anexo A se refiere a "las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse". A juicio de los Estados Unidos, este texto pone en evidencia que es obligación del Miembro importador tomar en consideración otras medidas diferentes de las que efectivamente aplica. A este respecto, los Estados Unidos señalan las observaciones del Dr. Chris Hale y el Dr. Ian Smith de que el ARP de 1999 "parecía prejuzgar el resultado de su evaluación del riesgo" y parecía tener por objetivo principal mostrar que "cada una de las medidas ya aplicadas era efectiva en algún aspecto" para llegar a la conclusión de que todas ellas eran necesarias.¹²⁷

71. Por último, los Estados Unidos objetan la alegación del Japón de que este país cumplió los requisitos del párrafo 1 del artículo 5 al llevar a cabo una "evaluación del riesgo informal" respecto de las manzanas maduras asintomáticas durante el procedimiento de solución de diferencias y llegó a la conclusión de que los últimos datos presentados por los Estados Unidos y Nueva Zelandia "no bastan todavía" para justificar una modificación de la medida actual.¹²⁸ Los Estados Unidos argumentan que tal alegación refleja el propósito del Japón de mantener su medida incluso frente a una resolución adversa y, por lo tanto, pone de relieve la necesidad de que el Órgano de Apelación formule constataciones jurídicas claras que rechacen las "teorías jurídicas espurias" del Japón.¹²⁹ A este respecto, los Estados Unidos sostienen que, aunque el Grupo Especial constató acertadamente que el Japón no había cumplido los requisitos del párrafo 1 del artículo 5, esta conclusión podría haberse alcanzado "con bases más fundamentadas": a juicio de los Estados Unidos, habida cuenta de la "estrecha vinculación" entre el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 y ante la inexistencia de "testimonios científicos suficientes" conforme al párrafo 2 del artículo 2, la relación

¹²⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 54, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 7.18.

¹²⁷ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 55, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.289, en que a su vez se cita *Ibid.* párrafo 6.177 (Dr. Hale) y párrafo 6.180 (Dr. Smith).

¹²⁸ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 56, con cita de la comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 124 y 137.

¹²⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 59.

entre la medida y la evaluación del riesgo carece de la base "racional" necesaria para que la primera esté "basada" en la segunda.¹³⁰

72. Los Estados Unidos, por lo tanto, piden que el Órgano de Apelación confirme la constatación del Grupo Especial de que la medida del Japón, respecto de las manzanas maduras asintomáticas, no está en conformidad con las obligaciones que impone al Japón el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

4. Artículo 11 del ESD

- a) La evaluación objetiva realizada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

73. Los Estados Unidos entienden que el argumento del Japón basado en el artículo 11 del ESD, respecto de la determinación de hechos efectuada por el Grupo Especial en el párrafo 8.166 de su informe, es una impugnación de esas conclusiones sólo en cuanto se aplican a las "manzanas inmaduras".¹³¹ Los Estados Unidos están de acuerdo con el Japón en que el párrafo 8.166 del informe del Grupo Especial no debe interpretarse en el sentido de que se aplica a las manzanas "infectadas", pero por razones distintas de las que aduce el Japón.¹³² Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial carecía de facultades para formular ninguna constatación sobre las "manzanas inmaduras" porque las alegaciones y argumentos de los Estados Unidos se limitaban expresamente a las manzanas "maduras asintomáticas".¹³³ No obstante, en la medida en que el Japón impugna las conclusiones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 8.166 y 8.168 en relación con las manzanas maduras, los Estados Unidos sostienen que esa alegación carece de fundamento.

74. Los Estados Unidos subrayan que las alegaciones basadas en el artículo 11 exigen una demostración de que el Grupo Especial "desestimó deliberadamente" las pruebas o "se negó a

¹³⁰ *Ibid.*, párrafo 60.

¹³¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 8.

¹³² *Ibid.*, párrafo 14.

¹³³ *Ibid.*, párrafo 5. Véase también *infra*, párrafos 82 y siguientes.

examinarlas", las "distorsionó deliberadamente" o las "tergiversó".¹³⁴ En opinión de los Estados Unidos, el Japón no cumplió este "estricto criterio".¹³⁵

75. En primer lugar, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial dispuso de una base de pruebas suficiente para su determinación de los hechos efectuada en el párrafo 8.166 de su informe respecto de las manzanas maduras asintomáticas. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial citó estudios en que no se había comprobado la presencia de ningún vector respecto de las "manzanas descartadas infestadas en el cáliz", además de las declaraciones de los expertos conforme a las cuales los testimonios científicos disponibles no corroboraban la posibilidad de que la vía se completara en otras formas.¹³⁶ A este respecto, los Estados Unidos sostienen que la alegación del Japón de un error de hecho en la referencia del Grupo Especial a la existencia de exudado comprobada en esos estudios, es "irrelevante" respecto de la constatación del Grupo Especial sobre las manzanas maduras asintomáticas porque el exudado sólo puede aparecer en manzanas "inmaduras e infectadas".¹³⁷

76. En segundo lugar, los Estados Unidos alegan que los argumentos del Japón acerca del "principio de precaución" ya fueron rechazados por el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*. Según los Estados Unidos, ni el texto del *Acuerdo MSF* ni el "principio de precaución" obligan a los grupos especiales a constatar la existencia de una vía de transmisión de una enfermedad cuando tal conclusión no está apoyada por ninguno de los testimonios científicos que constan en el expediente. Este criterio, según alegan los Estados Unidos, está respaldado por el análisis de Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* sobre el "principio de precaución". Además, los Estados Unidos observan que el Japón se refiere a las manifestaciones de prudencia de los expertos pero reconoce que "esas expresiones no indican una vía concreta de propagación de la enfermedad".¹³⁸ En consecuencia, los Estados Unidos llegan a la conclusión de que el Grupo Especial se negó acertadamente a suponer, sobre la base de manifestaciones generalizadas de "prudencia", que la vía pudiera recorrerse en su totalidad cuando ninguna prueba acredita ese hecho.

77. Por último, los Estados Unidos impugnan la alegación del Japón según la cual el Grupo Especial consideró que el riesgo de que la vía se recorriera en su totalidad era algo más que teórico.

¹³⁴ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 10, con cita del informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133.

¹³⁵ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 10.

¹³⁶ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 10.

¹³⁷ *Ibid.*, nota 9 del párrafo 10.

¹³⁸ *Ibid.*, párrafo 12, con cita de la comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 67.

Los Estados Unidos observan que el Grupo Especial empleó el término "improbable" al calificar las opiniones de los expertos sobre la posibilidad de que la vía se recorriera en su totalidad, pero alegan que, al hacerlo, el Grupo Especial reconocía el hecho real de que la ciencia nunca puede afirmar con certidumbre que determinado hecho jamás habrá de ocurrir. A juicio de los Estados Unidos, este enfoque acertado del análisis del riesgo adoptado por el Grupo Especial no debe interpretarse en el sentido de que sugiere un riesgo más que teórico de transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de las manzanas.

78. Los Estados Unidos, en consecuencia, piden que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial cumplió debidamente las obligaciones que le imponía el artículo 11 del ESD al constatar que la última etapa de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano mediante manzanas maduras asintomáticas no se recorrería en su totalidad.

b) La evaluación objetiva realizada por el Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

79. Los Estados Unidos alegan que las impugnaciones hechas por el Japón de la determinación de los hechos realizada por el Grupo Especial en su análisis referente al párrafo 1 del artículo 5 no están debidamente sometidas al Órgano de Apelación. Los Estados Unidos argumentan que, en *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, el Órgano de Apelación constató que el apelante que plantea alegaciones basadas en el artículo 11 debe indicar tal alegación en su anuncio de apelación.¹³⁹ A juicio de los Estados Unidos, como el Japón no indicó en su anuncio de apelación su alegación referente al artículo 11 respecto de las constataciones del Grupo Especial referentes al párrafo 1 del artículo 5, el Japón no ha apelado esta cuestión de conformidad con el párrafo 2 d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo*. Por lo tanto según sostienen los Estados Unidos, el Órgano de Apelación debería abstenerse de tratar este aspecto de la apelación del Japón.

80. En caso de que el Órgano de Apelación examine la alegación del Japón basada en el artículo 11 respecto del análisis efectuado por el Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5, los Estados Unidos alegan que el Órgano de Apelación debería constatar que el Japón no ha acreditado el tipo de "error flagrante" necesario para establecer que el Grupo Especial no cumplió las prescripciones del artículo 11.¹⁴⁰ Además, según los Estados Unidos, el Japón no ha refutado otras

¹³⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, nota 88 del párrafo 53.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 53, con cita del informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 141.

"deficiencias" señaladas por los expertos en la evaluación del riesgo efectuada por el Japón y aceptadas por el Grupo Especial.¹⁴¹

81. Los Estados Unidos piden, en consecuencia, que el Órgano de Apelación desestime la alegación del Japón de que el Grupo Especial no cumplió sus obligaciones conforme al artículo 11 del ESD al evaluar la alegación de los Estados Unidos sobre el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Subsidiariamente, los Estados Unidos piden que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial cumplió debidamente esas obligaciones al constatar que la evaluación del riesgo efectuada por el Japón no apreció adecuadamente la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano a través de las manzanas.

C. *Alegación de error formulada por los Estados Unidos - Apelante*

Alegación relativa a las "facultades" del Grupo Especial

82. Los Estados Unidos argumentan que, como formularon alegaciones que sólo se referían a las manzanas "maduras asintomáticas", el Grupo Especial incurrió en error al analizar la medida respecto de productos distintos de los indicados. En particular, según los Estados Unidos, el Grupo Especial excedió sus facultades al formular constataciones referentes a manzanas *inmaduras* y a los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos. Piden que el Órgano de Apelación "revoque las constataciones jurídicas del Grupo Especial y declare carentes de efectos jurídicos las manifestaciones del Grupo Especial derivadas de esas constataciones".¹⁴²

83. Los Estados Unidos afirman que la cuestión sometida al Grupo Especial era "si las restricciones impuestas por el Japón a las manzanas maduras asintomáticas eran compatibles con el Acuerdo MSF, y no si el Japón podía mantener restricciones sobre cualquier otro producto".¹⁴³ Los Estados Unidos sostienen que aplicaron este criterio porque procuraban exportar al Japón únicamente manzanas maduras asintomáticas, y tienen leyes y "amplias medidas" para limitar las exportaciones de manzanas a las que tienen esas características.¹⁴⁴

¹⁴¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 53, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.279.

¹⁴² Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 3.

¹⁴³ *Ibid.*, párrafo 6.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 7.

84. Los Estados Unidos señalan que, aunque sus alegaciones se limitaban a las manzanas maduras, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la medida en litigio debía evaluarse a la luz de su aplicabilidad a *todas* las manzanas, incluidas las inmaduras. Debido a ello, según los Estados Unidos, el Grupo Especial también consideró apropiado examinar las cuestiones referentes a "procedimientos de control" y requisitos para la exportación de manzanas, porque esas medidas afectaban a la posibilidad de que las manzanas exportadas al Japón incluyeran manzanas inmaduras infectadas.¹⁴⁵ Los Estados Unidos consideran erróneo el fundamento que dio el Grupo Especial para justificar su examen de todas las manzanas y de los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos.

85. En primer lugar, los Estados Unidos impugnan la interpretación del Grupo Especial según la cual la referencia a las "manzanas" que figura en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos, autorizaba al Grupo Especial a formular constataciones sobre manzanas distintas de las "maduras asintomáticas". En particular, los Estados Unidos impugnan el razonamiento del Grupo Especial de que una solicitud de establecimiento de un grupo especial "no representa exclusivamente una limitación de [la] jurisdicción [del Grupo Especial]; también la define positivamente".¹⁴⁶ Conforme a esta lógica, según argumentan los Estados Unidos, los grupos especiales podrían presentar análisis y constataciones sobre *cualquier* alegación indicada en la solicitud de establecimiento del grupo especial, incluidas las que los reclamantes no hubieran tratado. A juicio de los Estados Unidos, sin embargo, no es función de los grupos especiales de solución de diferencias llevar a cabo un examen *de novo* y formular constataciones sobre alegaciones que no fueron tratadas, ni es tampoco su función "teorizar" sobre argumentos y pruebas que un reclamante *podría haber* planteado.¹⁴⁷ Además, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial hizo caso omiso de los límites de sus facultades de investigación, reconocidos por el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*, donde el Órgano de Apelación explicó que "estas facultades no pueden ser utilizadas por un grupo especial para pronunciarse a favor de un reclamante que no haya acreditado una presunción *prima facie* de incompatibilidad *sobre la base de las alegaciones jurídicas específicas que hizo valer*".¹⁴⁸ Los Estados Unidos afirman que no invocaron ninguna presunción de incompatibilidad respecto de las manzanas inmaduras y que el Japón no ofreció prueba alguna de que

¹⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 8.

¹⁴⁶ Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 10, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.32.

¹⁴⁷ Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 10.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 11, con cita del informe del Órgano de Apelación, párrafo 129. (cursivas añadidas por los Estados Unidos)

los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos no garantizaran que sólo se exportasen manzanas "maduras asintomáticas". A juicio de los Estados Unidos, por lo tanto, el Grupo Especial no tenía fundamento alguno para formular constataciones *no* relacionadas con las manzanas maduras asintomáticas.

86. Los Estados Unidos señalan también que la decisión del Grupo Especial de formular una constatación basada exclusivamente en el texto de la reclamación incluida en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos no está en conformidad con la práctica de los grupos especiales en el actual mecanismo de solución de diferencias. Los Estados Unidos argumentan que, como los grupos especiales no han formulado constataciones sobre las alegaciones de las que se ha desistido, las partes han podido suponer razonablemente que podía desistirse de las alegaciones mediante la falta de argumentación a su respecto. El razonamiento del Grupo Especial en este caso, según los Estados Unidos, "crea el riesgo de perjudicar a una de las partes o a ambas" porque "contradice esa suposición".¹⁴⁹

87. En segundo lugar, los Estados Unidos impugnan la alegación del Grupo Especial de que tenía facultades para formular constataciones referentes a las manzanas inmaduras sobre la base de: i) las pruebas de los Estados Unidos sobre sus procedimientos de control de las exportaciones; y ii) el argumento del Japón de que la medida en litigio también se referiría a la entrada de manzanas inmaduras o infectadas debido a posibles fallas de esos procedimientos. Los Estados Unidos sostienen, sin embargo, que no hicieron ninguna *alegación* respecto de las manzanas inmaduras y, debido a ello, el Grupo Especial no tenía fundamentos para examinar la medida en relación con las manzanas inmaduras. Por otra parte, a juicio de los Estados Unidos, las preocupaciones del Japón acerca de eventuales fallas de los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos no podían justificar la constatación del Grupo Especial sobre las manzanas inmaduras porque la única cuestión sometida al Grupo Especial se relacionaba con la compatibilidad de la medida del Japón, aplicada a manzanas "maduras asintomáticas", con el párrafo 2 del artículo 2.

88. En tercer término, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial afirmó erróneamente que la definición de "medidas sanitarias", en el párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, "no limita el ámbito de aplicación de las medidas fitosanitarias al producto que el país exportador alega que exporta. Para ser eficaz, una medida fitosanitaria debe abarcar todas las formas de un producto que en la práctica podrían importarse".¹⁵⁰ Según los Estados Unidos, es imposible decidir en abstracto cuáles

¹⁴⁹ Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 13.

¹⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 16, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 8.119.

pueden ser las necesidades respecto de todas las medidas fitosanitarias que un Miembro podría aplicar a cualquier producto. De todos modos, los Estados Unidos argumentan que el hecho de que una medida fitosanitaria pueda referirse a riesgos relacionados con *determinados* tipos de un producto no significa que la medida se ajuste a las obligaciones del Miembro con arreglo al *Acuerdo MSF* respecto de *todos* los tipos del producto.

89. Por último, como la medida del Japón no se relaciona con fallas del procedimiento de control de las exportaciones, los Estados Unidos alegan que las constataciones del Grupo Especial sobre las manzanas inmaduras no pueden justificarse por referencia al reconocimiento que hizo el Órgano de Apelación, en *CE - Hormonas*, de que la evaluación del riesgo correspondiente a una medida podía tomar en consideración todos los riesgos científicos, de cualquier origen, incluidos los resultantes de las deficiencias del procedimiento de control de las exportaciones.

90. Por lo tanto, como el Grupo Especial excedió sus facultades, a juicio de los Estados Unidos, al resolver cuestiones no comprendidas en el alcance de la diferencia, los Estados Unidos piden que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial respecto de los productos distintos de las manzanas "maduras asintomáticas" y los procedimientos de control de las exportaciones, y que "declare que carecen de efectos jurídicos las manifestaciones del Grupo Especial derivadas de esas constataciones".¹⁵¹

D. *Argumentos del Japón - Apelado*

Alegación relativa a las "facultades" del Grupo Especial

91. El Japón alega que el Grupo Especial no sólo estaba facultado para referirse a la cuestión de las "manzanas infectadas" sobre la base del alcance del mandato del Grupo Especial, que abarca el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* y las manzanas estadounidenses "en general", sino que también estaba obligado a hacerlo porque la cuestión de las manzanas infectadas formaba parte de la presunción que los Estados Unidos debían establecer.¹⁵²

92. En primer lugar, el Japón discrepa de la aseveración de los Estados Unidos según la cual el Grupo Especial no debió haberse referido a la cuestión de las "manzanas inmaduras" porque los grupos especiales sólo tienen facultades para pronunciarse sobre las alegaciones específicas hechas

¹⁵¹ Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 3.

¹⁵² Comunicación del apelado presentada por el Japón, párrafo 2.

por el reclamante.¹⁵³ El Japón alega que esa afirmación errónea involucra dos principios jurídicos que no deben confundirse. El primero, según el Japón, se refiere al "alcance de la diferencia".¹⁵⁴ El Japón sostiene que el alcance de la diferencia queda determinado por el mandato que figura en la solicitud de establecimiento del grupo especial, de modo que éste no debe resolver sobre cuestiones no incluidas en su mandato. El segundo principio, a juicio del Japón, impone a la parte reclamante la carga de establecer una presunción *prima facie* dentro del alcance de la diferencia.

93. Con respecto al "alcance de la diferencia" en el presente caso, el Japón observa que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* está incluido en el mandato del Grupo Especial, y que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos se refiere a las "manzanas estadounidenses" en general, y no específicamente a las manzanas "maduras asintomáticas". El Japón sostiene que el análisis del Grupo Especial sobre las manzanas infectadas, en relación con el párrafo 2 del artículo 2, queda así perfectamente comprendido en el alcance de la diferencia definido por la solicitud de establecimiento de un grupo especial y el mandato. Según el Japón, era indispensable referirse a las manzanas infectadas para que el Grupo Especial pudiera "lograr una solución satisfactoria de la cuestión" conforme a lo que exige el párrafo 4 del artículo 3 del ESD; el hecho de que los Estados Unidos no hubieran mencionado específicamente las "manzanas infectadas" no privaba al Grupo Especial de su derecho de tratar esa cuestión.

94. Con respecto al segundo "principio", el Japón afirma que las facultades de los grupos especiales para la determinación de los hechos no deben confundirse con el requisito de establecer una presunción *prima facie*. En opinión del Japón, esto último es un "requisito de prueba" impuesto a la parte reclamante, que impide a los grupos especiales constatar hechos en favor de la parte reclamante cuando ésta no los ha afirmado.¹⁵⁵ No obstante, el Japón alega que un grupo especial puede constatar hechos no "afirmados" por la parte reclamante si lo han sido por el demandado.¹⁵⁶ El Japón alega que la afirmación de determinada alegación de hecho, aunque se pruebe, puede no bastar para crear una presunción *prima facie* conforme a las disposiciones pertinentes. Más concretamente, el Japón alega que "para establecer una presunción de insuficiencia de los testimonios científicos conforme al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, la parte reclamante debe acreditar que no existen testimonios científicos suficientes respecto de *ninguno* de los riesgos en que se basa la medida, o que

¹⁵³ *Ibid.*, párrafo 3.

¹⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 4.

¹⁵⁵ Comunicación del apelado presentada por el Japón, párrafo 8.

¹⁵⁶ *Ibid.*

ésta, por otros motivos, no está apoyada por testimonios científicos suficientes".¹⁵⁷ De este modo, según argumenta el Japón, en el presente caso, como la cuestión de las "manzanas infectadas" se relaciona con el riesgo a que se refería la medida fitosanitaria del Japón, los Estados Unidos debían crear una presunción *prima facie* que abarcara las manzanas infectadas, *además de* las manzanas maduras asintomáticas.

95. El Japón alega además que, si bien el Grupo Especial actuó con acierto al ocuparse de las manzanas infectadas, incurrió en error al desplazar la carga de la prueba, imponiéndola al Japón, en cuanto a acreditar el riesgo de que la vía se recorriera en su totalidad mediante manzanas infectadas. A juicio del Japón, recaía en los Estados Unidos la carga de acreditar que únicamente embarcaría manzanas "maduras asintomáticas".¹⁵⁸ El Japón sostiene que, como los Estados Unidos no presentaron esa prueba, el único modo en que habrían podido crear una presunción *prima facie* consistiría en probar la insuficiencia de los testimonios científicos que respaldaban la idea de que la vía podía recorrerse en su totalidad mediante manzanas *infectadas*. Según el Japón, los Estados Unidos no demostraron tal cosa y, por lo tanto, la carga de la prueba no debió haberse desplazado.

96. El Japón refuta la alegación de los Estados Unidos según la cual el Japón no presentó pruebas del carácter inadecuado de los "procedimientos de control [de las exportaciones] de los Estados Unidos".¹⁵⁹ El Japón sostiene que recaía en los Estados Unidos, y no en el Japón, la obligación de probar la eficacia de los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos respecto de las manzanas. Por otra parte, el Japón señala que presentó pruebas de la deficiencia de los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos en un caso concreto, en que se embarcaron al Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu manzanas que albergaban larvas del gusano de la manzana. El Japón sostiene que ese caso constituye "una prueba incuestionable de que los procedimientos de control [de las exportaciones] de los Estados Unidos están expuestos a fallas y efectivamente han fallado".¹⁶⁰ Esta prueba no fue controvertida por los expertos, ni refutada por los Estados Unidos, aunque tuvieron "amplia oportunidad" para hacerlo.¹⁶¹ A pesar de estos argumentos, el Japón aduce que la alegación de los Estados Unidos sobre el carácter

¹⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 9. (las cursivas figuran en el original)

¹⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 12.

¹⁵⁹ Comunicación del apelado presentada por el Japón, párrafo 14, con cita de la comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 4.

¹⁶⁰ Comunicación del apelado presentada por el Japón, párrafo 17.

¹⁶¹ *Ibid.*, párrafos 21 y 22.

adecuado de sus procedimientos de control de las exportaciones plantea una cuestión de hecho ya resuelta por el Grupo Especial, por lo que el Órgano de Apelación debería desestimar esa alegación.

97. El Japón, en consecuencia, pide que el Órgano de Apelación desestime la apelación de los Estados Unidos sobre las constataciones del Grupo Especial referentes al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

E. *Argumentos de los terceros participantes*

1. Australia

98. Australia está de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial interpretó y aplicó indebidamente el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* y, con ello, incurrió en error de derecho al constatar que el Japón actuó en forma incompatible con sus obligaciones impuestas por esa norma. Con respecto a la interpretación del párrafo 2 del artículo 2, Australia considera que el Grupo Especial incurrió en error al introducir en esa disposición el requisito de que las medidas fitosanitarias estén "justificadas" por los testimonios científicos pertinentes y no sean "desproporcionadas" respecto del riesgo identificado. Australia sostiene que ese requisito no tiene justificación en el texto del párrafo 2 del artículo 2, y sugiere que el Grupo Especial incorporó indebidamente en esa disposición las obligaciones sustantivas que establecen por separado los párrafos 1, 3 y 6 del artículo 5. Al proceder así, según Australia, el Grupo Especial vulneró el equilibrio de derechos y obligaciones negociado en el *Acuerdo MSF*.

99. Australia sostiene que "el párrafo 2 del artículo 2 asegura que el conjunto de los testimonios científicos disponibles relacionados con el riesgo a que se refiere la medida sea adecuado para la evaluación del riesgo que requiere el párrafo 1 del artículo 5, pero no comprende el requisito de que la medida efectivamente aplicada por el Miembro esté justificada por el riesgo identificado científicamente".¹⁶² Según Australia, interpretar el párrafo 2 del artículo 2 en el sentido de que las medidas fitosanitarias tienen que estar "justificadas" por testimonios científicos suficientes, como hizo el Grupo Especial, convertiría de modo inadmisibile la frase "no se mantenga sin testimonios científicos suficientes", del párrafo 2 del artículo 2, en la frase "esté apoyada por testimonios científicos suficientes".¹⁶³ Australia argumenta que la cuestión de si una medida fitosanitaria está o no "justificada" por testimonios científicos debe evaluarse con arreglo a los artículos 3 y 5 del *Acuerdo MSF*.

¹⁶² Comunicación de tercero participante presentada por Australia, párrafo 28.

¹⁶³ *Ibid.*, párrafo 30.

100. Con respecto a la aplicación del párrafo 2 del artículo 2, suponiendo que sea correcta la interpretación del Grupo Especial, Australia está de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial le atribuyó implícitamente la carga de acreditar que la última etapa de la vía a través de frutas infectadas se recorrería en su totalidad. Citando los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camisas y blusas y Japón - Productos agrícolas II*, Australia sostiene que recae en la parte reclamante la carga de acreditar *prima facie* la incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2. Aunque los Estados Unidos podían haber cumplido esa carga acreditando una presunción de inexistencia de testimonios científicos suficientes, según Australia el Grupo Especial no hizo ninguna evaluación acerca de si los Estados Unidos habían creado la necesaria presunción respecto del riesgo derivado de manzanas infectadas. Australia señala que los Estados Unidos no hicieron ninguna afirmación ni presentaron prueba alguna sobre las manzanas infectadas. Por lo tanto, según argumenta Australia, el Grupo Especial incurrió en error de derecho al formular constataciones sobre alegaciones referentes a manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas sin que hubiera ninguna argumentación jurídica ni prueba presentada por los Estados Unidos en apoyo de tales alegaciones. A juicio de Australia, "la consecuencia jurídica de una revocación de las constataciones del Grupo Especial sobre las manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas debe llevar a la conclusión de que los Estados Unidos no acreditaron *prima facie* la alegación jurídica concreta sobre la incompatibilidad de las medidas del Japón con el párrafo 2 del artículo 2".¹⁶⁴

101. Australia también está de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial incurrió en errores de derecho y de interpretación respecto del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, pero "no comparte los puntos de vista del Japón sobre la interpretación del párrafo 7 del artículo 5".¹⁶⁵ Recordando las constataciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camisas y blusas, CE - Hormonas y CE - Sardinias*, Australia alega que recae en la parte reclamante la carga de acreditar la incompatibilidad de una medida con cualquier disposición que sea "una parte fundamental de los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC".¹⁶⁶ A juicio de Australia, estos casos también ponen en evidencia que no puede cumplirse la carga de la prueba calificando simplemente la disposición respectiva como "excepción", porque ciertas excepciones pueden constituir "una parte fundamental de los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC". En opinión de Australia, el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* es una excepción de esa clase, porque la disposición establece el derecho de los Miembros importadores a imponer medidas fitosanitarias provisionales

¹⁶⁴ Comunicación de tercero participante presentada por Australia, párrafo 47.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 48.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 55, con cita del informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 20, DSR 1997.I, 323 página 337.

con sujeción a determinadas condiciones que el Órgano de Apelación constató en *Japón - Productos agrícolas II*.¹⁶⁷ Por lo tanto, según Australia, el párrafo 7 del artículo 5 no se encuentra respecto del párrafo 2 del artículo 2 en una relación de "norma general y excepción", que justificaría la inversión de la carga de la prueba, normalmente impuesta al Miembro reclamante.¹⁶⁸

102. Australia añade que el Grupo Especial incurrió en varios errores en su interpretación jurídica del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En primer lugar, Australia está de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la definición de la evaluación del riesgo conforme al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Australia sostiene que el Grupo Especial interpretó erróneamente el requisito de "especificidad" en el contexto de la evaluación del riesgo, considerándolo aplicable al "producto en cuestión"¹⁶⁹, con lo que introdujo una "nueva norma"¹⁷⁰ de "especificidad" que no está justificada por el texto del *Acuerdo MSF*. A juicio de Australia, las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, aplicadas posteriormente por el Grupo Especial que se ocupó de *Australia - Salmón*, analizaron la "especificidad" en el sentido de que la evaluación del riesgo debía relacionarse con el "riesgo en cuestión" y no con el "producto en cuestión".¹⁷¹ Por lo tanto, Australia está de acuerdo con el Japón en que la circunstancia de que el ARP de 1999 hubiera evaluado la probabilidad de transmisión por más de un vector no es fundamento suficiente *por sí solo* para determinar que el Japón no evaluó adecuadamente la probabilidad de transmisión de la niebla del peral y del manzano mediante las manzanas.

103. En segundo lugar, Australia sostiene que el Grupo Especial se basó "equivocadamente"¹⁷² en la frase "adecuada a las circunstancias", del párrafo 1 del artículo 5, como contexto para la interpretación de "medidas ... que pudieran aplicarse", del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*. Según Australia, cualquiera que sea la flexibilidad que la frase "adecuada a las circunstancias"

¹⁶⁷ Comunicación de tercero participante presentada por Australia, párrafo 66, con referencia al informe del Órgano de Apelación, párrafo 89.

¹⁶⁸ Comunicación de tercero participante presentada por Australia, párrafos 65 y 68, con cita del informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 104, y el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 275.

¹⁶⁹ Comunicación de tercero participante presentada por Australia, párrafo 78.

¹⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 76.

¹⁷¹ *Ibid.*, párrafo 77.

¹⁷² *Ibid.*, párrafo 82.

otorgue al Miembro importador para la realización de su evaluación del riesgo, no puede interpretarse que esa flexibilidad "anula o elimina los requisitos sustantivos de una evaluación del riesgo válida".¹⁷³

104. En tercer lugar, Australia sostiene que no existe ningún fundamento jurídico ni textual para imponer a los Miembros el requisito de actualizar su evaluación del riesgo ya completada cada vez que surgen nuevos testimonios científicos o se impugnan los testimonios existentes. A juicio de Australia, la obligación que impone el párrafo 1 del artículo 5 a los Miembros, de asegurarse de que "sus medidas ... se basen en una evaluación ... de los riesgos", es un requisito constante y objetivo, que el Grupo Especial puede evaluar en el momento de su investigación. Sin embargo, con respecto a las condiciones de la "evaluación del riesgo" conforme al *Acuerdo MSF* que estableció el Órgano de Apelación en *Australia - Salmón*, Australia alega que, una vez que la evaluación del riesgo ha cumplido estas condiciones, su validez no queda sujeta a una revisión permanente.¹⁷⁴ En consecuencia, a juicio de Australia, los nuevos testimonios científicos son pertinentes conforme al párrafo 1 del artículo 5 a los efectos de determinar si existe una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo, pero no para establecer si determinada evaluación del riesgo sigue o no cumpliendo la definición de "evaluación de riesgo" del Anexo A del *Acuerdo MSF*. En vista de los errores del Grupo Especial en la interpretación del párrafo 1 del artículo 5, Australia apoya el pedido del Japón de que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial.

105. Australia aduce también que, con respecto a que el Grupo Especial no hizo "una evaluación objetiva del asunto" que se le había sometido conforme al artículo 11 del ESD, las alegaciones del Japón "tienen fundamento y merecen una atención detenida".¹⁷⁵ En particular, Australia está de acuerdo con la alegación del Japón de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva en su análisis en relación con el párrafo 1 del artículo 5 porque no tomó en consideración todas las pruebas pertinentes que tenía ante sí. A juicio de Australia, a pesar de que el Grupo Especial indicó que tomaría en consideración otros materiales *además* del ARP de 1999, no parece haber ido más allá del ARP de 1999 en su examen de las pruebas. Australia sostiene que "la decisión del Grupo Especial de apoyarse excesivamente en un solo elemento de prueba en su informe, y no remitirse para su análisis a todas las pruebas pertinentes, constituye una violación del artículo 11".¹⁷⁶ Australia afirma que el Grupo Especial, además, no cumplió los criterios de una evaluación objetiva indicados en anteriores

¹⁷³ *Ibid.*, párrafo 83.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 86.

¹⁷⁵ Comunicación de tercero participante presentada por Australia, párrafo 92.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 98. (se han omitido las notas a pie de página)

informes del Órgano de Apelación porque no presentó "un razonamiento adecuado" en apoyo de sus constataciones.¹⁷⁷

2. Brasil

106. El Brasil está de acuerdo con la interpretación dada por el Grupo Especial al párrafo 7 del artículo 5 y su conclusión de que la medida en litigio no cumplía el primero de los requisitos de esa disposición, consistente en que "los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes".

3. Comunidades Europeas

107. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial debió haberse abstenido de formular constataciones respecto de las "manzanas inmaduras y posiblemente infectadas"¹⁷⁸, respecto de las cuales los Estados Unidos no habían hecho ninguna alegación. Pero las Comunidades Europeas afirman que el error del Grupo Especial debe afectar no sólo al *alcance* de sus constataciones, sino también a sus constataciones sobre el fundamento de la reclamación. Las Comunidades Europeas sostienen que, como los Estados Unidos no acreditaron *prima facie* su reclamación, lo que requería la presentación de pruebas referentes a *todas* las manzanas, el Grupo Especial debería haber llegado a la conclusión de que los Estados Unidos no probaron la incompatibilidad de la medida en litigio con el *Acuerdo MSF*.

108. Las Comunidades Europeas argumentan que el Grupo Especial debería haber comenzado su análisis centrándose en el riesgo que se procuraba atender con la medida en litigio. En lugar de ello, a juicio de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial llegó erróneamente a la conclusión de que era pertinente distinguir los riesgos relativos a las manzanas maduras y aparentemente sanas de los relativos a las demás manzanas. Al establecer esta distinción y analizar por separado el caso de las manzanas distintas de las maduras asintomáticas, el Grupo Especial, según sostienen las Comunidades Europeas, "realizó una argumentación en lugar del reclamante".¹⁷⁹ Según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos habían alegado que las manzanas maduras asintomáticas no representan ningún riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano y, en consecuencia, sólo procuraron acreditar su reclamación *prima facie* respecto de ese tipo de manzanas y no respecto de ningún otro. Las Comunidades Europeas hacen hincapié en que si cualquier análisis de una medida fitosanitaria parte de la premisa de que sólo se exportan "productos libres de riesgos", entonces nunca se constatará

¹⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 98.

¹⁷⁸ Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 4.

¹⁷⁹ Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 10.

que ninguna medida interna está en conformidad con el *Acuerdo MSF*.¹⁸⁰ Las Comunidades Europeas argumentan que si un reclamante desea basar su reclamación en que solamente exporta "productos libres de riesgo", debe tener sobre sí la carga de presentar "pruebas convincentes que demuestren la imposibilidad de fraude, negligencia o accidente", en particular cuando están en juego grandes volúmenes de exportaciones del producto.¹⁸¹

109. Por lo tanto, las Comunidades Europeas sostienen que los Estados Unidos tendrían que haber acreditado *prima facie* que la medida del Japón no era necesaria o era desproporcionada, incluso respecto de la importación de frutas *infectadas*. De lo contrario, según sostienen las Comunidades Europeas, los Estados Unidos deberían haber presentado pruebas que acreditaran que se exportaban *únicamente frutas no infectadas*. Como los Estados Unidos no hicieron ninguna alegación ni presentaron ninguna prueba a este respecto, y el Grupo Especial constató, sobre la base del asesoramiento de los expertos, que pueden producirse errores en la manipulación o actos ilegales, las Comunidades Europeas están de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial debería haber llegado a la conclusión de que los Estados Unidos no acreditaron *prima facie* la incompatibilidad de la medida en litigio con el *Acuerdo MSF*.

110. Las Comunidades Europeas discrepan también de la atribución de la carga de la prueba realizada por el Grupo Especial respecto del párrafo 2 del artículo 2. A juicio de las Comunidades Europeas, una vez que el Grupo Especial constató que los testimonios científicos no eran suficientes para justificar la medida aplicada a las "manzanas maduras asintomáticas"¹⁸², atribuyó al Japón indebidamente la carga de la prueba respecto del riesgo de que la vía se completara a través de manzanas *inmaduras e infectadas*, sobre lo cual los Estados Unidos no habían presentado absolutamente ninguna prueba. Como los Estados Unidos no habían acreditado *prima facie* su reclamación respecto de manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas, en opinión de las Comunidades Europeas el Grupo Especial incurrió en error al desplazar prematuramente la carga de la prueba hacia el Japón.

111. Con respecto al análisis del Grupo Especial sobre el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas argumentan que el Grupo Especial incurrió en error al tratar esa disposición como "una defensa afirmativa respecto de una violación del párrafo 2 del artículo 2" y en

¹⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 11.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 16.

su interpretación del término "insuficientes".¹⁸³ Citando el informe del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, las Comunidades Europeas alegan que el párrafo 7 del artículo 5 no tiene el carácter de una excepción a pesar de la frase "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5", al final del párrafo 2 del artículo 2.¹⁸⁴ Las Comunidades Europeas sostienen que el párrafo 7 del artículo 5 contiene su propio conjunto de obligaciones y crea un "derecho autónomo" a la adopción de medidas provisionales.¹⁸⁵ Las Comunidades Europeas alegan que el carácter autónomo de este derecho está confirmado en *Japón - Productos agrícolas II*, asunto en que el Órgano de Apelación explicó en qué forma una medida puede ser incompatible, en sí misma, con el párrafo 7 del artículo 5. En consecuencia, a juicio de las Comunidades Europeas, corresponde a la parte *reclamante* demostrar la incompatibilidad con el párrafo 7 del artículo 5. Las Comunidades Europeas sostienen que, por lo tanto, el Grupo Especial incurrió en error acerca de la carga de la prueba respecto del párrafo 7 del artículo 5.

112. En cuanto a la interpretación dada por el Grupo Especial al párrafo 7 del artículo 5, las Comunidades Europeas alegan que la frase "[c]uando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes" se refiere a casos concretos y no a fenómenos de carácter general. Debido a ello, las Comunidades Europeas sostienen que la aplicación de medidas provisionales conforme al párrafo 7 del artículo 5 es admisible en las situaciones en que los testimonios científicos son insuficientes respecto de una "cuestión específica" que es "clave" para definir la naturaleza o el alcance de un riesgo, a pesar de que exista "información general sobre un tema determinado".¹⁸⁶ Además, según sostienen las Comunidades Europeas, la expresión "testimonios insuficientes" puede abarcar los casos en que los testimonios son "incompletos" o "no son convincentes", aunque esos testimonios sean abundantes.¹⁸⁷ A este respecto las Comunidades Europeas alegan que la insuficiencia de los testimonios puede cambiar con el tiempo, por ejemplo, cuando los resultados de nuevas investigaciones generan dudas sobre la validez de estudios que antes se consideraron suficientes. De este modo, según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial incurrió en error al dar una interpretación estrecha a la expresión "testimonios insuficientes" en el sentido de examinar la suficiencia de los testimonios existentes con un criterio sólo cuantitativo, y no cualitativo.

¹⁸³ *Ibid.*, párrafos 14 y 21.

¹⁸⁴ Véase *ibid.*, párrafo 22, con cita del informe del Órgano de Apelación, párrafo 104.

¹⁸⁵ Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 24.

¹⁸⁶ Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 32.

¹⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 33.

4. Nueva Zelandia

113. Nueva Zelandia está de acuerdo con los Estados Unidos en que el Grupo Especial no debió haber formulado constataciones acerca de las manzanas inmaduras. En opinión de Nueva Zelandia, las alegaciones de los Estados Unidos se referían a la compatibilidad con el régimen de la OMC de la medida del Japón aplicada a las manzanas *maduras*, y no a otros productos, como las manzanas inmaduras. Nueva Zelandia afirma que el Grupo Especial actuó en forma contraria a "la jurisprudencia establecida de la OMC respecto de la carga de la prueba" porque formuló constataciones acerca de cuestiones que la parte reclamante no había acreditado *prima facie*.¹⁸⁸ Por consiguiente, Nueva Zelandia sostiene que el Órgano de Apelación debería revocar las constataciones jurídicas del Grupo Especial acerca de las manzanas inmaduras y "declarar que carecen de efectos jurídicos las manifestaciones del Grupo Especial derivadas de esas constataciones".¹⁸⁹

114. En cuanto a la interpretación del párrafo 2 del artículo 2, Nueva Zelandia refuta la alegación del Japón según la cual debe interpretarse que esa disposición "otorga cierto grado de discrecionalidad ... al Miembro importador para determinar el valor de las pruebas respectivas e introducir determinada medida a su respecto".¹⁹⁰ Nueva Zelandia alega que el párrafo 2 del artículo 2 no da ningún fundamento para tal concepto de "cierto grado de discrecionalidad". Lo que requiere el párrafo 2 del artículo 2, según Nueva Zelandia, es una relación racional u objetiva entre la medida fitosanitaria y los testimonios científicos; y el método de evaluación de los testimonios científicos aplicado por el Miembro importador tiene que estar necesariamente en conformidad con ese requisito de racionalidad. A juicio de Nueva Zelandia, la "conclusión lógica" del argumento del Japón es que se permitiría a los Miembros importadores asignar escaso peso a testimonios científicos pertinentes, e imponer en consecuencia medidas fitosanitarias carentes de relación racional con esos testimonios.¹⁹¹

115. Con respecto a la presunción *prima facie* presentada por los Estados Unidos en relación con el párrafo 2 del artículo 2 respecto de las manzanas maduras, Nueva Zelandia alega que el Japón no ha logrado acreditar un error en el análisis del Grupo Especial. En primer lugar, Nueva Zelandia rechaza como fundamento de error la alegación del Japón de que el Grupo Especial evaluó indebidamente los testimonios científicos sobre la base de las declaraciones de los expertos en lugar de apoyarse en este caso en las opiniones del Miembro importador. Nueva Zelandia alega que el Grupo Especial no sólo

¹⁸⁸ Comunicación de tercero participante presentada por Nueva Zelandia, párrafo 3.35.

¹⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 3.36.

¹⁹⁰ Comunicación de tercero participante presentada por Nueva Zelandia, párrafo 3.09, con cita de la comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 76.

¹⁹¹ *Ibid.*, párrafo 3.10.

pasó por alto el valor de las pruebas citadas por el Japón, sino que el razonamiento del Japón impediría a los grupos especiales tomar en consideración cualquier testimonio científico que contradijera los puntos de vista del Miembro importador. El otorgamiento de tal subjetividad al Miembro importador es incompatible, a juicio de Nueva Zelandia, con la relación objetiva que debe existir entre la medida fitosanitaria y los testimonios científicos, con arreglo al párrafo 2 del artículo 2.

116. En segundo lugar, Nueva Zelandia discrepa de la alegación del Japón de que los Estados Unidos no acreditaron la inexistencia de testimonios científicos sobre aspectos importantes del riesgo que el Japón procuraba atender. Nueva Zelandia alega que el Japón "presenta en términos inexactos" los criterios establecidos por el Grupo Especial para tener por acreditada *prima facie* la reclamación de los Estados Unidos.¹⁹² Nueva Zelandia dice que el Grupo Especial, después de rechazar la alegación del Japón de que los Estados Unidos debían probar positivamente la insuficiencia de los testimonios científicos, se apoyó en el informe del Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II* para constatar que los Estados Unidos habrían acreditado su reclamación *prima facie* si hubieran establecido una *presunción* de inexistencia de testimonios científicos suficientes. Nueva Zelandia alega que el Grupo Especial, después de constatar que se había establecido la presunción, apreció las pruebas que tenía ante sí y constató que el Japón no había refutado la presunción. En consecuencia, en opinión de Nueva Zelandia el Grupo Especial constató con acierto que los Estados Unidos habían acreditado *prima facie* su reclamación respecto de las manzanas maduras con arreglo al párrafo 2 del artículo 2.

117. Nueva Zelandia está de acuerdo con el análisis del Grupo Especial respecto del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* porque el Grupo Especial constató que los "abundantes testimonios científicos" -ya fueran "en general" o en relación con aspectos específicos del riesgo- demuestran que el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas maduras no es una cuestión sobre la que existan testimonios científicos insuficientes como se prevé en el párrafo 7 del artículo 5.¹⁹³ A juicio de Nueva Zelandia, por lo tanto, el Japón sugiere equivocadamente que el Grupo Especial omitió considerar la suficiencia de los testimonios científicos respecto de elementos particulares del riesgo en cuestión. Además, con respecto al argumento del Japón de que la eliminación de la medida crearía una "incertidumbre nueva", Nueva Zelandia sostiene que esta diferencia se refiere a la medida en litigio y no a medidas que podrían disponerse en algún momento

¹⁹² *Ibid.*, párrafo 3.16.

¹⁹³ Comunicación de tercero participante presentada por Nueva Zelandia, párrafo 3.19.

del futuro en circunstancias hipotéticas. Por lo tanto, la eventual incertidumbre generada por la creación de una *nueva* medida fitosanitaria no puede servir de base para subsanar la incompatibilidad de la medida *actual* con el régimen de la OMC.

118. Nueva Zelandia sostiene también que las constataciones del Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* son correctas y deben confirmarse. Nueva Zelandia está de acuerdo con el Grupo Especial en que la evaluación del riesgo hecha por el Japón no fue suficientemente específica respecto del asunto en cuestión. En opinión de Nueva Zelandia, la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación y propagación de la enfermedad específicamente a través de manzanas maduras es algo más que una cuestión de procedimiento o metodología, como aduce el Japón, y es un "requisito sustancial" del párrafo 1 del artículo 5.¹⁹⁴ Esa prescripción, según Nueva Zelandia, no impide que un Miembro importador escoja la metodología para llevar a cabo su evaluación del riesgo, ni impide que los Miembros importadores tomen en consideración simultáneamente varios huéspedes posibles, siempre que la conclusión acerca del riesgo se extraiga con respeto al *producto básico del que concretamente se trata*.

119. Nueva Zelandia también refuta la alegación del Japón de que este país llevó a cabo una evaluación del riesgo adecuada "durante el desarrollo de estas actuaciones".¹⁹⁵ Nueva Zelandia estima "asombroso" que el Japón, "en lo esencial", pida que el Órgano de Apelación constate que el Japón llevó a cabo una evaluación del riesgo "informal" que cumple la norma impuesta por el *Acuerdo MSF* sobre la base de las pruebas y los argumentos planteados por el Japón en esta diferencia.¹⁹⁶ A juicio de Nueva Zelandia, la prescripción del párrafo 1 del artículo 5, de basar las medidas en una evaluación del riesgo, quedaría "privada de todo significado" porque, según el fundamento del Japón, el Miembro importador podría evitar la realización de la evaluación del riesgo hasta ser demandado en un procedimiento de solución de diferencias, en cuyo momento se constataría que las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 están cumplidas por una "evaluación del riesgo *a posteriori*".¹⁹⁷ En consecuencia, Nueva Zelandia pide que el Órgano de Apelación confirme las constataciones del Grupo Especial referentes al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

¹⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 3.30.

¹⁹⁵ Comunicación de tercero participante presentada por Nueva Zelandia, párrafo 3.25, con cita de la comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 124.

¹⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 3.27.

¹⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 3.28.

IV. Cuestión preliminar: Suficiencia del anuncio de apelación

120. Comenzaremos nuestro análisis de esta apelación con una cuestión preliminar relativa a la suficiencia del anuncio de apelación presentado por el Japón.¹⁹⁸ En su comunicación del apelado, los Estados Unidos argumentan que la alegación del Japón referente al artículo 11 del ESD, en lo relativo a las constataciones del Grupo Especial sobre el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, no se nos ha sometido debidamente y piden que desestimemos ese aspecto de la apelación.¹⁹⁹ Según los Estados Unidos, el Japón no planteó debidamente esta alegación referente al artículo 11 en su anuncio de apelación conforme a lo que exige el párrafo 2 d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo* y a la luz de la decisión del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*. Debido a ello, los Estados Unidos afirman que no recibieron la necesaria notificación sobre este punto incluido en la apelación.

121. El párrafo 2 de la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo* establece la "información" que debe contener el anuncio de apelación:

Inicio de la apelación

...

El anuncio de apelación incluirá la siguiente información:

- a) el título del informe del grupo especial objeto de la apelación;
- b) el nombre de la parte en la diferencia que presenta el anuncio de apelación;
- c) la dirección a efectos de notificación y los números de teléfono y facsímil de la parte en la diferencia; y
- d) un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de las alegaciones de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

El Órgano de Apelación, en *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, reconoció:

... la importancia del equilibrio que hay que mantener entre, por una parte, el derecho de los Miembros a ejercer el derecho de apelación

¹⁹⁸ WT/DS245/5, *supra* (nota 8), adjunto como anexo A del presente informe.

¹⁹⁹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 53 y su nota 88.

de manera seria y efectiva y, por otra, el derecho de los apelados a tener noticia, mediante el anuncio de apelación, de las constataciones que sean objeto de la apelación, a fin de que puedan ejercer efectivamente su derecho de defensa.²⁰⁰

El Órgano de Apelación observó en ese asunto que las prescripciones del párrafo 2 de la Regla 20 sobre lo que debe incluirse en el anuncio de apelación "sirven para que el apelado también tenga noticia, aunque sea breve, del 'carácter de la apelación' y de las 'alegaciones de errores' del grupo especial".²⁰¹ Por lo tanto, la evaluación de la suficiencia del anuncio de apelación debe examinar si el apelado recibió noticia, a través de él, de las cuestiones que se discutirían en la apelación.

122. En *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, el Órgano de Apelación examinó la impugnación hecha por un apelado respecto de la suficiencia del anuncio de apelación, que se basaba, entre otros fundamentos, en que ese anuncio no había dado al apelado la necesaria notificación de la alegación del apelante relativa al artículo 11 del ESD. El apelante había aducido en sus comunicaciones escritas y sus declaraciones orales que el Grupo Especial no había realizado "una evaluación objetiva del asunto que se le [había] sometido", conforme a lo que prescribe el artículo 11.²⁰² Al considerar si el apelado había recibido notificación de la impugnación referente al artículo 11, el Órgano de Apelación examinó el anuncio de apelación y observó lo siguiente:

No encontramos ninguna referencia explícita al artículo 11 del ESD o al texto del artículo 11 en el anuncio de apelación ni en el apéndice a la carta de 13 de septiembre de 2002. Tampoco podemos encontrar en uno u otro ninguna indicación de que los Estados Unidos alegasen que el Grupo Especial no hubiera hecho una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido ni una evaluación objetiva de los hechos.²⁰³

123. El Órgano de Apelación rechazó en ese caso el planteo del apelante de que su impugnación basada en el artículo 11 no era más que un *argumento* que apoyaba la *alegación* más amplia formulada en la apelación acerca de otras disposiciones de la OMC y, en consecuencia, no era preciso que el anuncio de apelación contuviera mayores aclaraciones.²⁰⁴ Al proceder así, el Órgano de

²⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 62.

²⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafo 62.

²⁰² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafos 27 y 73.

²⁰³ *Ibid.*, párrafo 72.

²⁰⁴ *Ibid.*, párrafos 73 y 74.

Apelación reconoció que las alegaciones formuladas en la apelación sobre la base del artículo 11 del ESD tienen un carácter excepcional en comparación con otras alegaciones de error cometido por un grupo especial:

La *alegación* de error cometido por un grupo especial desde el punto de vista del artículo 11 del ESD no es posible más que en el contexto de una apelación. Por definición, esa *alegación* no figurará en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial, por lo que los grupos especiales no harán referencia a ella en sus informes. Por consiguiente, si los apelantes tienen la intención de aducir argumentos sobre esa cuestión en la apelación, han de hacer referencia a ella en los anuncios de apelación de forma que los apelados puedan discernirla y conocer el asunto que habrán de estudiar.²⁰⁵ (las cursivas figuran en el original)

Por consiguiente, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que el apelado no fue notificado de que el apelante se proponía impugnar la conformidad de la evaluación realizada por el Grupo Especial con sus obligaciones impuestas por el artículo 11, y de que el apelante pretendía que el Órgano de Apelación se pronunciara a ese respecto.²⁰⁶

124. Del mismo modo examinaremos en este caso el anuncio de apelación presentado por el Japón para apreciar si los Estados Unidos fueron notificados de que el Japón se proponía argumentar en la apelación con referencia al artículo 11 del ESD. El Japón aduce que ha planteado en la apelación dos impugnaciones distintas referentes al artículo 11 del ESD: una respecto de la evaluación hecha por el Grupo Especial sobre la alegación de los Estados Unidos acerca del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, y otra respecto de la evaluación hecha por el Grupo Especial sobre la alegación de los Estados Unidos acerca del párrafo 1 del artículo 5 de dicho Acuerdo.²⁰⁷ El anuncio de apelación del Japón, en la parte pertinente, indica como materia de la apelación las siguientes alegaciones de error de derecho:

1. El Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que el Japón actuó de manera incompatible con sus obligaciones dimanantes del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Esta constatación refleja la interpretación errónea que hizo el Grupo Especial de la norma de la carga de la prueba, y el hecho de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que le fue sometido de conformidad con el artículo 11 del ESD.

...

²⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 74.

²⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 75.

²⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 47 a 70 (párrafo 2 del artículo 2) y párrafos 130 a 132 (párrafo 1 del artículo 5).

3. El Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que la medida fitosanitaria del Japón no se basaba en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Esta constatación se basa en una interpretación errónea de las prescripciones relativas a la evaluación del riesgo establecidas en el párrafo 1 del artículo 5.

125. El propósito del Japón de impugnar el análisis del Grupo Especial *correspondiente al párrafo 2 del artículo 2* por ser incompatible con las prescripciones del artículo 11 del ESD se ha enunciado en términos claros e inequívocos. Pero en lo tocante al análisis *correspondiente al párrafo 1 del artículo 5* observamos la ausencia manifiesta de toda referencia al artículo 11 del ESD, o a la norma de "evaluación objetiva" que establece esa disposición. En realidad, no encontramos en el anuncio de apelación referencia alguna al artículo 11, o a la norma de "evaluación objetiva", salvo en el contexto del párrafo 2 del artículo 2, antes citado.

126. Al referirse al presunto incumplimiento por el Grupo Especial del artículo 11 del ESD únicamente en relación con el párrafo 2 del artículo 2, el Japón no permitió a los Estados Unidos "conocer el asunto que [habrían] de estudiar"²⁰⁸ en lo que respecta a la alegación basada en el artículo 11 en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Órgano de Apelación ha destacado sistemáticamente que el debido proceso exige que el anuncio de apelación notifique al apelado los temas planteados en la apelación.²⁰⁹ Es esta preocupación relativa al debido proceso, que se refleja en la Regla 20 de los *Procedimientos de Trabajo*, el fundamento de la resolución del Órgano de Apelación sobre la suficiencia del anuncio de apelación en *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*.

127. El Japón reconoció durante la audiencia que no notificó a los Estados Unidos su reclamación referente al artículo 11 específicamente con respecto al análisis del Grupo Especial correspondiente al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.²¹⁰ El Japón alegó, sin embargo, que "puesto que planteamos la reclamación con referencia al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, ello suponía naturalmente determinadas cuestiones de hecho y ... podemos suponer que los Estados Unidos quedaron notificados" de la alegación correspondiente basada en el artículo 11.²¹¹ No estamos de

²⁰⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafo 74.

²⁰⁹ Por ejemplo, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*, párrafo 195; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafo 62; informe del Órgano de Apelación, *CE - Bananos III*, párrafo 152; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 97.

²¹⁰ Respuesta del Japón a las preguntas formuladas en la audiencia.

²¹¹ *Ibid.*

acuerdo. Como ya hemos indicado²¹², el Órgano de Apelación determinó en *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE* que las alegaciones basadas en el artículo 11 son distintas de las planteadas sobre la base de disposiciones sustantivas de otros acuerdos abarcados. Se desprende de esa distinción que el anuncio de una impugnación basada en el artículo 11 no puede "suponerse" simplemente porque exista una impugnación de un análisis hecho por el grupo especial sobre una disposición sustantiva de un acuerdo de al OMC. Por el contrario, una alegación basada en el artículo 11 constituye "una 'alegación de error' distinta"²¹³ que debe incluirse en el anuncio de apelación. En consecuencia, rechazamos la afirmación del Japón de que una impugnación basada en el artículo 11 no es más que un "argumento jurídico" en que se basan las cuestiones planteadas en la apelación.²¹⁴

128. En estas circunstancias, estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que no fueron notificados de que el Japón se proponía plantear una impugnación basada en el artículo 11 respecto de la evaluación realizada por el Grupo Especial sobre la alegación de los Estados Unidos referente al párrafo 1 del artículo 5. En consecuencia, constatamos que la cuestión del cumplimiento por el Grupo Especial del artículo 11 del ESD respecto de su análisis de la alegación de los Estados Unidos referente al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* no nos ha sido sometida debidamente en esta apelación. Por consiguiente, no nos pronunciaremos sobre esa cuestión.²¹⁵

²¹² *Supra*, párrafo 123, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, párrafo 74.

²¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 182, con cita del párrafo 2 d) de la Regla 20 de los *Procedimiento de Trabajo*. A este respecto, señalamos la distinción entre *alegaciones* y *argumentos* en el contexto de la determinación acerca de si las alegaciones se han identificado debidamente en la solicitud de establecimiento de un grupo especial (informe del Órgano de Apelación, *CE - Bananos III*, párrafos 141 a 143; e informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 156) y ratificamos la observación del Órgano de Apelación en *Chile - Sistema de bandas de precios* de que "esta distinción entre alegaciones y argumentos jurídicos en relación con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD es también pertinente para la distinción entre 'alegaciones de errores' y argumentos jurídicos que se contempla en la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo*" (informe del Órgano de Apelación, párrafo 182).

²¹⁴ Respuesta del Japón a preguntas formuladas en la audiencia. Como se analizó *supra* (párrafo 123), el Órgano de Apelación rechazó un planteo similar del apelante en *Estados Unidos - Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE* (informe del Órgano de Apelación, párrafos 73 y 74). El Órgano de Apelación hizo una observación análoga en *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero* (informe del Órgano de Apelación, párrafo 498).

²¹⁵ Las alegaciones del Japón correspondientes al artículo 11 del ESD, en cuanto se refieren al análisis realizado por el Grupo Especial sobre el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, se tratarán *infra*, en los párrafos 217 a 242.

V. Cuestiones planteadas en esta apelación

129. El Japón plantea las cuatro alegaciones siguientes, según las cuales el Grupo Especial:

- i) incurrió en error al constatar que la medida fitosanitaria del Japón "se mantiene sin testimonios científicos suficientes" y es incompatible, por lo tanto, con las obligaciones del Japón dimanantes del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*;
- ii) incurrió en error al constatar que la medida fitosanitaria del Japón no es una medida provisional conforme al párrafo 7 del artículo 5 porque la medida no fue impuesta respecto de una situación en que "los testimonios científicos pertinentes fueran insuficientes";
- iii) incurrió en error al constatar que la medida fitosanitaria del Japón no se basaba en una evaluación del riesgo conforme a la definición del Anexo A del *Acuerdo MSF* y a lo que prescribe el párrafo 1 del artículo 5; y
- iv) no cumplió la obligación que le imponía el artículo 11 del ESD porque no llevó a cabo "una evaluación objetiva de los hechos".

130. Además de las alegaciones formuladas en la apelación por el Japón, los Estados Unidos apelan a su vez el informe del Grupo Especial alegando que éste carecía de "facultades" para formular constataciones y extraer conclusiones respecto de las manzanas *inmaduras*, porque los Estados Unidos habían limitado sus alegaciones ante el Grupo Especial a las manzanas *maduras*.

VI. Alegación relativa a las "facultades" del Grupo Especial

131. Conviene comenzar nuestro análisis de las cuestiones planteadas en la apelación con la referente a las "facultades" del Grupo Especial, planteada por los Estados Unidos.²¹⁶ Durante su análisis acerca de si la medida del Japón "se mantiene sin testimonios científicos suficientes" en el

²¹⁶ Observamos que los Estados Unidos alegan que un grupo especial no puede "formular análisis y constataciones" sobre una alegación que no fue tratada por el reclamante, aunque la alegación haya sido planteada en la solicitud de establecimiento de un grupo especial (Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 10). En otras palabras, los Estados Unidos sostienen que los grupos especiales no tienen "facultades" para formular constataciones y extraer conclusiones sobre tal alegación (*ibid.*). Al responder a preguntas formuladas en la audiencia, los Estados Unidos indicaron que no habían presentado específicamente una "reclamación basada en el mandato". Interpretamos las afirmaciones de los Estados Unidos en el sentido en que no impugnan en la apelación la "jurisdicción" del Grupo Especial, definida por su mandato, para formular constataciones y extraer conclusiones sobre las manzanas exportadas de los Estados Unidos al Japón, sino que los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial carecía de las "facultades" necesarias para formular constataciones y extraer conclusiones respecto de una alegación que los Estados Unidos no trataron, es decir, una alegación referente a manzanas distintas de las maduras asintomáticas.

sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial procuró evaluar el riesgo de que las manzanas exportadas por los Estados Unidos sirvieran de vía para la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano en el Japón. Aunque los Estados Unidos alegan que sólo exportan al Japón manzanas maduras asintomáticas, el Grupo Especial no limitó su examen al riesgo relativo a las manzanas maduras asintomáticas, sino que también examinó el riesgo relacionado con otras manzanas. Procedió así porque el Japón había aducido que podían importarse manzanas distintas de las maduras asintomáticas como consecuencia de error humano o técnico o de actuaciones ilícitas, y el Grupo Especial consideró que el Japón podía "considerar legítimamente" esos riesgos.²¹⁷ De este modo, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que estaba habilitado para tratar la afirmación del Japón de que podía resultar un riesgo de introducción de la niebla del peral y del manzano en el Japón como "consecuencia de errores en la clasificación de las manzanas o de una actuación ilícita en el país de exportación"²¹⁸, y rechazó la proposición de que debía limitar sus constataciones a las manzanas maduras asintomáticas "sólo porque los Estados Unidos aparentemente circunscriben a [esas manzanas] sus alegaciones, argumentos y testimonios".²¹⁹

132. Los Estados Unidos sostienen en la apelación que el Grupo Especial carecía de facultades para formular constataciones y extraer conclusiones respecto de las "manzanas inmaduras" porque los Estados Unidos no plantearon ninguna alegación respecto de tales manzanas.²²⁰ En apoyo de su afirmación de que los grupos especiales no pueden resolver acerca de alegaciones no tratadas por el reclamante, los Estados Unidos se apoyan en el informe del Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*, en que el Órgano de Apelación declaró que un grupo especial no puede utilizar sus facultades investigadoras "para pronunciarse a favor de un reclamante que no haya acreditado una presunción *prima facie* de incompatibilidad sobre la base de las alegaciones jurídicas específicas que hizo valer".²²¹ Los Estados Unidos explican que sólo exportan al Japón manzanas maduras asintomáticas y que cuentan con leyes y amplias medidas para limitar las exportaciones de manzanas a las manzanas maduras asintomáticas.²²² Los Estados Unidos observan que el Japón no

²¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.85, 8.121 y 8.174.

²¹⁸ *Ibid.*, párrafo 7.31.

²¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.31.

²²⁰ Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 3 y 15.

²²¹ *Ibid.*, párrafo 11, con cita del informe del Órgano de Apelación, párrafo 129. (cursivas añadidas por los Estados Unidos)

²²² Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 7.

presentó ninguna prueba, ni hay ninguna en el expediente, sobre fallas o probabilidad de fallas de los procedimientos de los Estados Unidos destinados a asegurar el cumplimiento de sus requisitos de control que prohíben la exportación de manzanas distintas de las maduras asintomáticas. Los Estados Unidos señalan, además, que la medida impugnada en esta apelación no comprende esas prescripciones de control.²²³

133. Al evaluar las "facultades" del Grupo Especial para formular constataciones y extraer conclusiones respecto de todas las manzanas, incluidas las inmaduras, examinaremos en primer lugar el mandato del Grupo Especial. El mandato de un grupo especial cumple una función fundamental puesto que "establece la competencia del Grupo Especial"²²⁴ y "define el alcance de la diferencia".²²⁵ En el presente caso, el mandato del Grupo Especial incluye lo siguiente:

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, el mandato del Grupo Especial es el siguiente:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que han invocado los Estados Unidos en el documento WT/DS245/2, el asunto sometido al OSD por los Estados Unidos en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos."²²⁶

El documento WT/DS245/2, mencionado aquí, es la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos. Esa solicitud se refiere a "medidas restrictivas a la importación de manzanas estadounidenses en relación con la niebla del peral y del manzano o los organismos patógenos de la niebla del peral y del manzano, *Erwinia amylovora*". La solicitud enumera seguidamente las restricciones que preocupan a los Estados Unidos. Observamos, en primer lugar, que esas restricciones son aplicables a las manzanas producidas en los Estados Unidos para su exportación al Japón; su alcance no está limitado a las manzanas maduras asintomáticas. En segundo lugar, la solicitud de los Estados Unidos se refiere a las "manzanas estadounidenses", expresión que a nuestro juicio es más amplia que "manzanas maduras asintomáticas". Por estas dos razones, opinamos que el mandato no limitaba las facultades del Grupo Especial a formular únicamente constataciones y conclusiones respecto de las manzanas maduras asintomáticas.

²²³ *Ibid.*, párrafo 12.

²²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Cacao desecado*, página 26, DSR 1997.I, 167, página 186.

²²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 126.

²²⁶ WT/DS245/3, *supra* (nota 3), párrafo 2.

134. Examinaremos a continuación el argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial no tenía facultades para formular constataciones y extraer conclusiones respecto de las manzanas inmaduras porque los Estados Unidos no habían hecho ninguna alegación acerca de ellas. No nos convence este argumento. Los Estados Unidos alegaron ante el Grupo Especial que el Japón mantiene "medidas restrictivas a la importación de manzanas estadounidenses en relación con la niebla del peral y del manzano o los organismos patógenos de la niebla del peral y del manzano, *Erwinia amylovora*", y que "[e]stas medidas parecen incompatibles con los compromisos y obligaciones del Japón en virtud del ... [párrafo 2] del artículo 2 ... del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (Acuerdo MSF)".²²⁷ Para acreditar esta alegación, los Estados Unidos plantean argumentos y alegaciones de hecho únicamente respecto de las manzanas maduras asintomáticas. Por su parte, el Japón argumentó, entre otras cosas, que, a pesar de los controles establecidos por los países exportadores, podrían exportarse al Japón manzanas distintas de las maduras asintomáticas como consecuencia de errores humanos o técnicos o actuaciones ilícitas, y que esas manzanas podrían servir como vía para la niebla del peral y del manzano.²²⁸ En otras palabras, aunque un país trate de exportar únicamente manzanas maduras y asintomáticas, existe el riesgo de que se exporten al Japón otras manzanas, que estén infectadas y que transmitan la niebla del peral y del manzano a plantas huéspedes japonesas.

135. El Grupo Especial determinó que era "legítimo tener en cuenta"²²⁹ los argumentos y alegaciones de hecho referentes a manzanas distintas de las maduras asintomáticas que el Japón planteó respondiendo a la alegación de los Estados Unidos sobre el párrafo 2 del artículo 2. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial. Los grupos especiales están facultados para formular constataciones y extraer conclusiones sobre los argumentos y alegaciones de hecho expuestos por el demandado y que son *pertinentes* a una alegación tratada por el reclamante. Las constataciones y conclusiones del Grupo Especial respecto de las manzanas distintas de las maduras asintomáticas respondían a argumentos y alegaciones de hecho planteados "legítimamente" por el Japón. Por lo tanto, cuando el Grupo Especial formuló constataciones y extrajo conclusiones sobre las manzanas distintas de las maduras y asintomáticas, actuó debidamente dentro de los límites de sus facultades.²³⁰

²²⁷ WT/DS245/2, *supra* (nota 2).

²²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.28.

²²⁹ *Ibid.*, párrafo 8.121.

²³⁰ En apoyo de su argumento según el cual el Grupo Especial carecía de facultades para formular constataciones y extraer conclusiones respecto de las manzanas inmaduras, los Estados Unidos se basan en la constatación del Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*, de que un grupo especial no debe utilizar sus facultades investigadoras para "pronunciarse a favor de un reclamante que no haya acreditado una

136. Al formular esta constatación no estamos sugiriendo que los grupos especiales deban resolver sobre alegaciones que no les han sido sometidas; ni tampoco discrepamos con los Estados Unidos en que una parte puede desistir de sus alegaciones durante el desarrollo del procedimiento de solución de diferencias. En otras palabras: no tenemos ningún reparo a que los Estados Unidos limitaran el alcance de su alegación después de haberse establecido el mandato o en cualquier otra etapa de las actuaciones. Las partes tienen indudablemente la prerrogativa de seguir la estrategia jurídica que prefieran en el desarrollo de su argumentación. Pero esa estrategia no debe cercenar el derecho de otras partes a seguir su propia estrategia; y tampoco deben las opciones estratégicas adoptadas por las partes imponer una camisa de fuerza al grupo especial. El demandado tiene derecho a contestar los argumentos del reclamante y no está constreñido a tratar únicamente los hechos y argumentos específicos planteados por él, siempre que la contestación sea *pertinente* a las cuestiones en litigio. También el grupo especial está facultado para tomar en consideración tales hechos y argumentos, siempre que no rebase los límites de su mandato. El Grupo Especial, en este caso, consideró pertinentes los argumentos del Japón acerca de las manzanas distintas de las maduras y asintomáticas, y el mandato del Grupo Especial no contenía ninguna disposición que le impidiera referirse a ellas. Al proceder así, el Grupo Especial no se pronunció sobre una alegación que no le estuviera sometida, sino que resolvió acerca de la alegación que precisamente tenía el mandato de tratar.

presunción *prima facie* de incompatibilidad sobre la base de las alegaciones jurídicas específicas que hizo valer" (Informe del Órgano de Apelación, párrafo 129). Los Estados Unidos no tienen fundamento para apoyarse en *Japón - Productos agrícolas II* porque los hechos y las circunstancias que llevaron a la constatación del Órgano de Apelación no eran iguales a los que se manifiestan aquí. En *Japón - Productos agrícolas II* el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial se había basado erróneamente en el testimonio de expertos para pronunciarse a favor del reclamante cuando éste no había acreditado por sí mismo su alegación. Las circunstancias del presente caso difieren de las que se manifestaban en *Japón - Productos agrícolas II*. En efecto, en este caso el Grupo Especial formuló constataciones y extrajo conclusiones sobre las manzanas que no son maduras y asintomáticas como respuesta a los argumentos presentados por el Japón.

137. Los Estados Unidos señalan la falta de pruebas sobre fallas o probabilidad de fallas en los procedimientos de los Estados Unidos destinados a asegurar su cumplimiento de los requisitos de control que prohíben la exportación de manzanas distintas de las maduras y asintomáticas.²³¹ Según los Estados Unidos, el Grupo Especial "realizó un análisis de los procedimientos de los Estados Unidos ... que se basó en un expediente en que no había pruebas sobre esos procedimientos".²³² Los Estados Unidos también parecen sugerir que, no existiendo pruebas sobre los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos, el Grupo Especial no estaba facultado para llegar a la conclusión de que era legítimo tener en cuenta los riesgos inherentes a errores en la clasificación de las manzanas, o actuaciones ilícitas, que pudieran conducir a la exportación de manzanas contaminadas al Japón.²³³

138. Este argumento no nos convence. Señalamos en primer lugar que, contrariamente a lo que sostienen los Estados Unidos, el Grupo Especial no "realizó un análisis" de los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos. El objeto del análisis del Grupo Especial era el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de las manzanas. El Grupo Especial llevó a cabo este análisis para evaluar si la medida del Japón "se mantiene sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. El Japón había argumentado, en relación con la cuestión del riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de las manzanas, que debía protegerse contra las fallas de los sistemas de control de los países exportadores que pudieran dar lugar a la introducción de manzanas contaminadas.²³⁴ Al plantear este argumento, el Japón se refería a los sistemas de control de las exportaciones en general, y no específicamente al de los Estados Unidos. Para acreditar el argumento, el Japón se remitió a opiniones de los expertos y a un caso de deficiencias del control de las exportaciones que ocurrió en noviembre de 2002, referente a larvas del gusano de la manzana que se encontraron en manzanas expedidas desde el Estado de Washington al Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu.²³⁵ Tras examinar el argumento del Japón, el Grupo Especial constató que los errores en la manipulación o las actuaciones ilícitas eran riesgos que, en principio, el Japón podía

²³¹ Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 12.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*, párrafo 17; e informe del Grupo Especial, párrafos 8.121 y 8.161.

²³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.85 d).

²³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 4.191.

tener en cuenta legítimamente²³⁶ y, en consecuencia, el Grupo Especial incluyó esos riesgos en el alcance del análisis.²³⁷

139. En segundo lugar, observamos que, para justificar la constatación de que era legítimo tener en cuenta los errores de manipulación o las actuaciones ilícitas, el Grupo Especial se remitió también a opiniones de los expertos.²³⁸ Por lo tanto, es inexacta la alegación de los Estados Unidos de que el Grupo Especial formuló su constatación sin que existieran pruebas.

140. Por otra parte, contrariamente a lo que sugieren los Estados Unidos, consideramos que el Grupo Especial, de todos modos, no tenía necesidad de pruebas específicas de fallas o probabilidad de fallas de los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos para llegar a la conclusión de que podía tener en cuenta legítimamente que los errores de manipulación o las actuaciones ilícitas constituían un riesgo. La determinación del Grupo Especial no se refiere a los procedimientos de control de las exportaciones *específicos* de los Estados Unidos y no resulta de una evaluación del Grupo Especial sobre esos procedimientos. La conclusión del Grupo Especial se aplica *en general* a los errores de manipulación y las actuaciones ilícitas; se basa en una opinión acerca de la naturaleza de tales riesgos y, en particular, en la opinión de uno de los expertos según la cual, en la cuarentena de plantas, las inspecciones rara vez son eficaces en un 100 por ciento.²³⁹

141. Por último, observamos que el Grupo Especial no examinó el riesgo de errores de manipulación o actuaciones ilícitas *en general* a los efectos de evaluar el grado de seguridad de los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos ni para determinar si se exportan o no efectivamente, de los Estados Unidos al Japón, manzanas distintas de las maduras y asintomáticas. El examen realizado por el Grupo Especial acerca del riesgo de errores de manipulación o actuaciones ilícitas *en general* tenía un propósito más limitado: el de apreciar la pertinencia de las alegaciones del Japón sobre las manzanas distintas de las maduras y asintomáticas.

²³⁶ *Ibid.*, párrafo 8.161.

²³⁷ *Ibid.*, párrafo 8.121.

²³⁸ *Ibid.*, párrafos 8.160 y 8.161, con citas de *Ibid.*, párrafos 6.15 y 6.71, y el anexo 3 del informe, párrafos 263, 266, 303, 327, 398 y 431.

²³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.160. El Grupo Especial se remite a una observación del Dr. Ian Smith, uno de los expertos consultados por el Grupo Especial. Observamos que, en sus respuestas a preguntas formuladas en la audiencia, los Estados Unidos reconocieron que la conclusión indicada en el párrafo 8.161 del informe del Grupo Especial, de que podía tenerse en cuenta legítimamente que los errores de manipulación o las actuaciones ilícitas constituyen riesgos, es una "afirmación general" que se refiere a la eficiencia de los procedimientos de control de las exportaciones en general y no a los propios de los Estados Unidos.

142. A la luz de estas consideraciones, constatamos que, contrariamente a la alegación de los Estados Unidos, el Grupo Especial tenía "facultades" para formular constataciones y extraer conclusiones respecto de todas las manzanas procedentes de los Estados Unidos, incluidas las manzanas inmaduras.

VII. Párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

143. Pasaremos a examinar seguidamente la alegación del Japón de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida se mantenía "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

144. Como se explicó en la sección anterior de este informe, el Grupo Especial decidió que no limitaría su análisis al riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano inherente a las manzanas maduras asintomáticas.²⁴⁰ En consecuencia, el Grupo Especial también consideró el riesgo correspondiente a otras manzanas (es decir, las manzanas inmaduras, o maduras pero dañadas)²⁴¹ que pudieran entrar en territorio del Japón como consecuencia de errores humanos o técnicos o de actuaciones ilícitas.

145. En el curso de su análisis acerca de si la medida del Japón se mantiene sin testimonios científicos suficientes en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial, sobre la base de las informaciones que tenía ante sí, realizó las siguientes constataciones acerca de los hechos:

- No se ha acreditado la infección²⁴² de manzanas maduras asintomáticas. Es improbable que las manzanas maduras estén infectadas por la niebla del peral y del manzano si no presentan ningún síntoma²⁴³;
- No se ha establecido con carácter general la posible presencia de bacterias endofíticas²⁴⁴ en manzanas maduras asintomáticas. Los testimonios científicos no

²⁴⁰ Véase *supra*, párrafo 131.

²⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.122 y 8.174.

²⁴² Para la definición del término "infección" adoptada por el Grupo Especial, véase *supra* (nota 17).

²⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.139 y 8.171.

²⁴⁴ El Grupo Especial definió el término "endofítico" del siguiente modo: "con respecto a *E. Amylovora*, el término **endofítico** se utiliza cuando la bacteria aparece en el interior de una planta o una manzana en una relación no patogénica" (informe del Grupo Especial, párrafo 2.10). (las negritas figuran en el original)

apoyan la conclusión de que las manzanas maduras asintomáticas pueden albergar poblaciones endofíticas de bacterias²⁴⁵;

- Se considera que la presencia de bacterias epifíticas²⁴⁶ en manzanas maduras asintomáticas es extremadamente rara²⁴⁷;
- La infección o infestación²⁴⁸ de manzanas inmaduras por *Erwinia amylovora* no se discute²⁴⁹;
- Las manzanas infectadas pueden albergar poblaciones de bacterias que podrían sobrevivir a lo largo de las diversas etapas de manipulación, almacenamiento y transporte comerciales²⁵⁰;
- Los testimonios científicos no apoyan la conclusión de que las cajas de envasado infestadas o infectadas podrían ser un vector de transmisión de la niebla del peral y del manzano; por el contrario, los testimonios demuestran que no es probable que *E. amylovora* sobreviva en cajas²⁵¹; y
- Aunque se exportaran al Japón manzanas infectadas o infestadas, y las poblaciones de bacterias sobrevivieran a lo largo de las diversas etapas de manipulación, almacenamiento y transporte comerciales, la introducción de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas importadas requeriría que se completara una secuencia adicional de acontecimientos que se considera improbable, y que hasta la fecha no se ha establecido experimentalmente.²⁵²

²⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.128 y 8.171.

²⁴⁶ El Grupo Especial definió el término "epifítico" del siguiente modo: "con respecto a *E. Amylovora*, el término **epifítico** se utiliza cuando la bacteria aparece en la superficie exterior de una planta o de una fruta en una relación no patogénica" (informe del Grupo Especial, párrafo 2.10). (las negritas figuran en el original)

²⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.142 y 8.171.

²⁴⁸ Para la definición de los términos "infección" e "infestación" adoptada por el Grupo Especial, véase *supra* (nota 17).

²⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.171.

²⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 8.157.

²⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.143.

²⁵² *Ibid.*, párrafos 8.168 y 8.171.

146. Sobre la base de estas constataciones sobre los hechos, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que los testimonios científicos sugieren un riesgo despreciable de posible transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas²⁵³, y de que los testimonios científicos no apoyan la idea de que las manzanas son una vía probable para la entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano en el Japón.²⁵⁴

147. Para el Grupo Especial, una medida se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* cuando no existe "una relación racional u objetiva" entre la medida y los testimonios científicos pertinentes.²⁵⁵ Habida cuenta del riesgo despreciable determinado sobre la base de los testimonios científicos y la naturaleza de los elementos que forman parte de la medida, el Grupo Especial llegó a la conclusión que la medida del Japón es "claramente desproporcionada" con respecto a ese riesgo.²⁵⁶ El Grupo Especial razonó que esa desproporción supone la inexistencia de una relación racional u objetiva entre la medida y los testimonios científicos pertinentes y, en consecuencia, llegó a la conclusión de que la medida del Japón se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.²⁵⁷

148. El Japón impugna la conclusión del Grupo Especial argumentando que los Estados Unidos no acreditaron *prima facie* que las manzanas infectadas no servirían de vía a la niebla del peral y del manzano. El Japón sostiene que, al no haberse presentado tal presunción *prima facie*, el Grupo Especial no tenía la posibilidad de constatar una violación del párrafo 2 del artículo 2. Además, el Japón alega que el Grupo Especial constató erróneamente que los Estados Unidos habían establecido una presunción *prima facie* respecto de las manzanas maduras asintomáticas. Según el Japón, este error derivó del enfoque inadecuado que adoptó el Grupo Especial respecto de la evaluación del riesgo realizada por el Japón, basado en una interpretación equivocada del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.²⁵⁸

²⁵³ *Ibid.*, párrafo 8.169.

²⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 8.176.

²⁵⁵ *Ibid.*, párrafos 8.101 a 8.103 y 8.180, donde el Grupo Especial se apoya en el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 73, 74, 82 y 84.

²⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.198.

²⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 8.199.

²⁵⁸ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 71.

149. Con respecto a las manzanas infectadas, el Japón sostiene que correspondía a los Estados Unidos acreditar *prima facie* la inexistencia del riesgo de que las manzanas infectadas pudieran servir de vector para la introducción de la niebla del peral y del manzano en el Japón. Los Estados Unidos no lo hicieron, porque presentaron argumentos y pruebas que sólo se referían a las manzanas maduras asintomáticas²⁵⁹, reconociendo explícitamente durante el reexamen intermedio que "los Estados Unidos no han formulado ninguna alegación fáctica ni presentado ninguna prueba" acerca del riesgo correspondiente a las manzanas infectadas.²⁶⁰ No habiendo los Estados Unidos acreditado *prima facie* la insuficiencia de los testimonios científicos acerca del riesgo creado por las manzanas infectadas, el Grupo Especial, según el Japón, debió haberse pronunciado en su favor constatando que las manzanas infectadas pueden servir de vía para la niebla del peral y del manzano.²⁶¹ Además, el Japón plantea que el Grupo Especial, al constatar que "el Japón no ha presentado testimonios científicos suficientes en apoyo de su alegación de que se había recorrido o era probable que se recorriera el último paso en la vía"²⁶², desplazó la carga de la prueba atribuyéndola al Japón; y que ese desplazamiento constituyó un error jurídico porque se hizo prematuramente, antes de que los Estados Unidos hubieran establecido una presunción.²⁶³ Por último, el Japón argumenta que el Grupo Especial no estaba habilitado para utilizar sus facultades investigadoras para formular constataciones de hecho sobre el riesgo correspondiente a las manzanas infectadas porque los Estados Unidos se habían abstenido de crear una presunción acerca de ese tema.²⁶⁴

150. Con respecto a las manzanas maduras asintomáticas, el Japón presenta un argumento diferente: que el Grupo Especial debería haber interpretado el párrafo 2 del artículo 2 en forma que diese "cierto grado de discrecionalidad"²⁶⁵ al Miembro importador respecto de la forma en que escoge, aprecia y evalúa los testimonios científicos.²⁶⁶ El Japón alega que el Grupo Especial negó esa discrecionalidad porque "evaluó los testimonios científicos conforme a la opinión de los expertos, a

²⁵⁹ *Ibid.*, párrafo 22.

²⁶⁰ *Ibid.*, párrafo 23.

²⁶¹ *Ibid.*, párrafo 26, con cita del informe del Grupo Especial, párrafos 7.31 y 8.184; y párrafo 27.

²⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.167.

²⁶³ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 33.

²⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 18, con cita del informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129; y párrafo 36.

²⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 76.

²⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 75.

pesar de la opinión contraria de un Miembro importador".²⁶⁷ El Japón sostiene que su propio criterio acerca de las manzanas maduras asintomáticas -que corresponde a "los hechos históricos de la expansión transoceánica de la bacteria" y el rápido crecimiento del comercio internacional, y que toma como premisa "el hecho de que no se conocen todavía las vías de [...] transmisión de la bacteria a pesar de varios esfuerzos tendientes a establecerla"²⁶⁸ - es razonable, así como científico, porque deriva de "perspectivas de prudencia y precaución".²⁶⁹ En consecuencia, el Grupo Especial debería haber manifestado deferencia al criterio del Japón y debería haber evaluado si los Estados Unidos acreditaron *prima facie* la infracción de la norma a la luz de ese criterio. El Japón alega que los Estados Unidos no lo hicieron respecto de las manzanas maduras asintomáticas conforme al criterio del Japón. En particular, el Japón plantea que los Estados Unidos no probaron que no fuera pertinente la historia de la propagación transoceánica de la niebla del peral y del manzano, ni que no lo fuera el hecho de que se desconocen sus causas.²⁷⁰

151. Examinaremos sucesivamente estos dos argumentos del Japón: en primer lugar, el referente a las manzanas distintas de las maduras y asintomáticas; y en segundo lugar el relativo a las manzanas maduras asintomáticas.

A. *Manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas*

152. Está bien establecido que, en principio, incumbe a la parte reclamante "acreditar *prima facie* la incompatibilidad con determinada disposición del Acuerdo MSF".²⁷¹ Como observó el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*:

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.²⁷²

²⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 78.

²⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 73.

²⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 81, con cita del informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 124.

²⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 87.

²⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 98. (sin cursivas en el original)

²⁷² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 98.

153. En el presente caso, los Estados Unidos solicitan que se constate que la medida adoptada por el Japón es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Por consiguiente, incumbe inicialmente a los Estados Unidos acreditar una presunción *prima facie* de que la medida es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2. En particular, los Estados Unidos deberán acreditar una presunción *prima facie* de que la medida se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Con arreglo a la resolución del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, si se acredita esa presunción *prima facie*, incumbirá al Japón rechazar o refutar la alegación de que la medida se mantiene "sin testimonios científicos suficientes".

154. Dicho esto, la declaración del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* no significa que la parte reclamante esté obligada a presentar pruebas de todos los elementos de hecho expuestos en relación con la determinación de si una medida es compatible con una disposición dada de un acuerdo abarcado. En otras palabras, aunque la parte reclamante está obligada a presentar pruebas que respalden sus argumentos, la parte demandada deberá aportar pruebas que respalden los argumentos que desee formular en respuesta. En *Estados Unidos - Camisas y blusas*, el Órgano de Apelación afirmó que:

... es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba. Por consiguiente, no resulta sorprendente que diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, hayan aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual *la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente*.²⁷³ (se omite la nota al pie de página; sin cursivas en el original).

155. En el presente caso, los Estados Unidos formularon una serie de alegaciones de hecho relacionadas con las manzanas maduras asintomáticas como posible vía para la niebla del peral y del manzano, e intentaron fundamentar esas alegaciones. El Japón trató de refutar los argumentos de los Estados Unidos aduciendo que:

? el Japón tiene que protegerse frente a errores en los sistemas de control de los países exportadores que pudieran dar lugar a la introducción de manzanas inmaduras asintomáticas²⁷⁴;

²⁷³ Informe del Órgano de Apelación, página 17, DSR 1997.I, 323, 335.

²⁷⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.85 d).

- ? es posible que manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas (a saber, manzanas inmaduras o maduras pero dañadas) estén infectadas por la niebla del peral y del manzano; y
- ? las manzanas infectadas pueden servir como vía para la niebla del peral y del manzano.²⁷⁵

156. Por consiguiente, incumbía al Japón presentar pruebas de las alegaciones fácticas formuladas en relación con manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas que se exporten al Japón como consecuencia de errores de manipulación o actuaciones ilícitas. En consecuencia, no estamos de acuerdo con la afirmación del Japón de que el Grupo Especial incurrió en error porque "desplazó sobre el Japón la carga de la prueba por lo que respecta a una cuestión fáctica que el reclamante se negó expresamente a probar"²⁷⁶ o de que "el desplazamiento de la carga de la prueba sobre el Japón se hizo prematuramente, *antes* de que los Estados Unidos acreditaran una presunción *prima facie*".²⁷⁷

157. Es importante distinguir, por un lado, el principio en virtud del cual el demandante debe acreditar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con una disposición de un acuerdo abarcado²⁷⁸ y, por otro, el principio de que la parte que afirma un hecho es la que está obligada a demostrarlo.²⁷⁹ De hecho, se trata de dos principios distintos. En el presente caso, la obligación de acreditar una presunción *prima facie* de que la medida adoptada por el Japón se mantenía sin testimonios científicos suficientes recaía sobre los Estados Unidos. El Japón trató de refutar los argumentos esgrimidos por los Estados Unidos formulando argumentos relativos a manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas exportadas al Japón como consecuencia de errores de manipulación o actuaciones ilícitas. Incumbía, por tanto, al Japón, fundamentar esas alegaciones; los Estados Unidos no estaban obligados a probar los hechos afirmados por el Japón. Por tanto, no estamos de acuerdo con la aseveración del Japón de que "el desplazamiento de la carga de la prueba sobre el Japón se hizo prematuramente, *antes* de que los Estados Unidos acreditaran una presunción *prima facie*".²⁸⁰ No hubo un "desplazamiento de la carga de la prueba" con respecto a las alegaciones

²⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 8.154.

²⁷⁶ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 31.

²⁷⁷ *Ibid.*, párrafo 33. (las cursivas figuran en el original)

²⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 98.

²⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 17, DSR 1997.I, 323, 335.

²⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 33. (las cursivas figuran en el original)

de hecho relacionadas con manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas, ya que el Japón era el único obligado a presentar pruebas de los hechos que había afirmado. Además, el Grupo Especial sólo tenía que examinar los intentos del Japón de refutar los argumentos formulados por los Estados Unidos en el caso de que éstos hubieran acreditado una presunción *prima facie* de que la medida adoptada por el Japón se mantenía sin testimonios científicos suficientes.

158. El Japón sostiene además que el Grupo Especial no estaba facultado para hacer ciertas constataciones de hecho²⁸¹ y, en apoyo de su posición, se remite a la declaración del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Productos agrícolas II*:

El artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* sugieren que los grupos especiales tienen facultades investigadoras significativas. No obstante, estas facultades no pueden ser utilizadas por un grupo especial para pronunciarse a favor de un reclamante que no haya acreditado una presunción *prima facie* de incompatibilidad sobre la base de las alegaciones jurídicas específicas que hizo valer.²⁸²

No estamos de acuerdo con el Japón. Observamos, en primer lugar, que no estamos persuadidos de que las constataciones del Grupo Especial identificadas por el Japón en relación con este argumento están específicamente relacionadas con manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas o se refieran a ellas, como al parecer presupone el Japón. Además, la constatación del Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II* no respalda el argumento del Japón de que el Grupo Especial no estaba facultado para hacer constataciones de hecho en relación con manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas. Esas constataciones eran pertinentes por lo que respecta a la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*,

²⁸¹ El Japón hace referencia a las siguientes constataciones del Grupo Especial:

[o]pinamos que la prohibición de importar manzanas procedentes de cualquier huerto (libre o no de la niebla del peral y del manzano) en caso de que la enfermedad se detectara dentro de una zona tampón de 500 metros alrededor de tal huerto no está respaldada por testimonios científicos suficientes; [y]

[o]pinamos que la exigencia de que los huertos de exportación se controlen como mínimo tres veces al año (en las etapas de flor, fruta y recolección) para detectar la presencia de la niebla del peral y del manzano no está respaldada por testimonios científicos suficientes. (se omiten las notas al pie de página)

(Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 35, donde se citan los párrafos 8.185 y 8.195 del informe del Grupo Especial.)

²⁸² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 129; Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 18 y 44.

y respondían a alegaciones de hecho pertinentes formuladas por el Japón en el contexto de su réplica a la alegación de los Estados Unidos. El Grupo Especial actuó dentro de los límites de sus facultades de investigación, porque se limitó a evaluar alegaciones de hecho pertinentes afirmadas por el Japón a la luz de las pruebas presentadas por las partes y de las opiniones de los expertos.

159. El Japón sostiene también que "para acreditar una presunción *prima facie* de inexistencia de testimonios científicos suficientes con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, la parte reclamante deberá establecer que no hay testimonios científicos suficientes sobre *ninguno* de los riesgos previsibles que subyacen tras la medida".²⁸³ A juicio del Japón, el Grupo Especial no debería haber concluido que esa presunción *prima facie* se había acreditado sin que antes los Estados Unidos hubieran abordado *todas* las hipótesis posibles -incluidas las que tienen pocas posibilidades de hacerse realidad o las que se apoyan en razonamientos teóricos- y hubieran demostrado con respecto a cada una de ellas que el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano era despreciable. No encontramos fundamento para el enfoque propugnado por el Japón. Como afirmó el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, "la acreditación *prima facie* es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*".²⁸⁴ En *Estados Unidos - Camisas y blusas*, el Órgano de Apelación afirmó que la naturaleza y el carácter de las pruebas necesarias para establecer una presunción *prima facie* "variará necesariamente para cada medida, para cada disposición y para cada caso".²⁸⁵ En el presente caso, parece que el Grupo Especial concluyó que para acreditar una presunción *prima facie* de que la medida adoptada por el Japón se mantenía sin testimonios científicos suficientes los Estados Unidos sólo tenían que abordar la cuestión de si las manzanas maduras asintomáticas podían servir como vía para la niebla del peral y del manzano.

160. La conclusión del Grupo Especial nos parece correcta por las siguientes razones. En primer lugar, lo que los Estados Unidos alegaron era que la medida adoptada por el Japón se mantenía sin testimonios científicos suficientes en cuanto que se aplicaba a las manzanas maduras asintomáticas exportadas de los Estados Unidos al Japón. Lo que se requiere para acreditar una presunción *prima facie* está necesariamente influido por la naturaleza y el alcance de la alegación formulada por el reclamante. Un reclamante no debe estar obligado a demostrar una alegación que no pretende formular. En segundo lugar, el Grupo Especial constató que las manzanas maduras asintomáticas son

²⁸³ Comunicación del apelado presentada por el Japón, párrafo 9. (las cursivas figuran en el original)

²⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 104.

²⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación, página 25, DSR 1997:I, 323, en 335.

el producto "normalmente exportado" por los Estados Unidos al Japón.²⁸⁶ El Grupo Especial indicó que el riesgo de que manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas pudieran realmente importarse en el Japón derivaría aparentemente de errores humanos o técnicos o de actuaciones ilícitas²⁸⁷, y observó que los expertos habían considerado que los errores de manipulación y las actuaciones ilícitas representaban riesgos "pequeños" o "discutibles".²⁸⁸ Dada la caracterización de esos riesgos, a nuestro entender era legítimo que el Grupo Especial estimara que los Estados Unidos podían acreditar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* mediante argumentos basados exclusivamente en manzanas maduras asintomáticas. En tercer lugar, el expediente no contiene prueba alguna que sugiera que manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas se hayan exportado alguna vez al Japón desde los Estados Unidos como consecuencia de errores de manipulación o actuaciones ilícitas.²⁸⁹ En consecuencia, no vemos error alguno en la opinión del Grupo Especial de que los Estados Unidos podían acreditar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* en relación con manzanas exportadas de los Estados Unidos al Japón, a pesar de que los Estados Unidos habían circunscrito sus argumentos a las manzanas maduras asintomáticas.

B. *Manzanas maduras asintomáticas*

161. Pasamos ahora a los argumentos del Japón relacionados con las manzanas maduras asintomáticas. Como hemos indicado más arriba, el Japón sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* porque no concedió un "cierto grado de discrecionalidad"²⁹⁰ al Miembro importador por lo que respecta a la manera en que escoge, aprecia y evalúa los testimonios científicos.²⁹¹ El Japón sostuvo que si el Grupo Especial le hubiera concedido ese grado de discrecionalidad en tanto que Miembro importador, no se habría centrado en

²⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.141. El Grupo Especial constató asimismo que "la importación de manzanas inmaduras infectadas sólo puede tener lugar como consecuencia de un error de manipulación o una actuación ilícita" (*ibid.*, nota 275 en el párrafo 8.121).

²⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 8.174.

²⁸⁸ *Ibid.*, párrafo 8.161.

²⁸⁹ En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, el Japón indicó que la única prueba relacionada con los procedimientos de control de las exportaciones de los Estados Unidos que presentaba al Grupo Especial guardaba relación con un caso de larvas del gusano de la manzana encontradas en manzanas expedidas desde los Estados Unidos al Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu. A nuestro entender, no había motivos para que el Grupo Especial dedujera de ello que alguna vez se hubieran exportado de los Estados Unidos al Japón manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas.

²⁹⁰ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 76.

²⁹¹ *Ibid.*, párrafos 75 y 76.

las opiniones de los expertos. Antes bien, habría evaluado los testimonios científicos a la luz de los criterios propugnados por el Japón, que reflejan "los hechos históricos de la expansión transoceánica de la bacteria" y el rápido crecimiento del comercio internacional, y que se basan en "el hecho de que no se conocen todavía las vías de transmisión de la bacteria a pesar de varios esfuerzos tendientes a establecerlas".²⁹² En consecuencia, el Japón aduce que el Grupo Especial incurrió en error al aplicar el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, ya que debería haber evaluado si los Estados Unidos habían acreditado una presunción *prima facie* relativa a la existencia de testimonios científicos suficientes no desde la perspectiva de las opiniones de los expertos sino a la luz de los criterios aplicables a los testimonios científicos propugnados por el Japón. A juicio del Japón, si el Grupo Especial hubiese hecho esa evaluación, se habría visto obligado a concluir que los Estados Unidos no habían establecido una presunción *prima facie* de que la medida adoptada por el Japón se mantenía sin testimonios científicos suficientes.

162. Disentimos. Como observó correctamente el Grupo Especial en *Japón - Productos agrícolas II*, el Órgano de Apelación abordó el sentido de la palabra "suficientes" en el contexto de la expresión "testimonios científicos suficientes", tal como figura en el párrafo 2 del artículo 2.²⁹³ El Grupo Especial afirmó que la palabra "suficiente" implica "una relación racional u objetiva"²⁹⁴ y se remitió a la declaración del Órgano de Apelación, en aquel asunto, de que:

La determinación de la existencia de una relación racional entre una MSF y los testimonios científicos se efectuará caso por caso y dependerá de las circunstancias específicas del caso, especialmente de las características de la medida objeto de litigio y de la calidad y cantidad de los testimonios científicos.²⁹⁵

El Grupo Especial no incurrió en error al apoyarse en esta interpretación del párrafo 2 del artículo 2 y realizar sobre esa base su evaluación de las pruebas científicas.

163. A nuestro entender, el Grupo Especial examinó las pruebas presentadas por las partes y tuvo en cuenta las opiniones de los expertos. Concluyó como cuestión de hecho que no es probable que las manzanas puedan servir como vía para la entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y

²⁹² *Ibid.*, párrafo 73.

²⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.101-8.103 y 8.180.

²⁹⁴ *Ibid.*, párrafos 8.103 y 8.180.

²⁹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.103, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 84.

del manzano en el Japón.²⁹⁶ Seguidamente, el Grupo Especial contrastó el alcance del riesgo y la naturaleza de los elementos que componían la medida, y concluyó que ésta era "claramente desproporcionada con respecto al riesgo identificado sobre la base de los testimonios científicos disponibles".²⁹⁷ A juicio del Grupo Especial, esa "clara desproporción" significa que no existe una "relación racional u objetiva" entre la medida y los testimonios científicos pertinentes, y por ello el Grupo Especial concluyó que la medida se mantenía sin "testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.²⁹⁸ Observamos que la "clara desproporción" a la que el Grupo Especial hace referencia guarda relación con la aplicación en el presente caso del requisito de que exista una "relación racional u objetiva entre una medida sanitaria o fitosanitaria y las pruebas científicas".

164. Subrayamos, en armonía con la declaración del Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*, que el hecho de que un enfoque o metodología dados sean adecuados para evaluar si una medida se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 depende de las "circunstancias específicas del caso", y deberá determinarse "caso por caso".²⁹⁹ Por tanto, el criterio aplicado por el Grupo Especial en el presente caso -consistente en descomponer la secuencia de acontecimientos para identificar el riesgo y compararlo con las medidas- no agota la gama de metodologías disponibles para determinar si una medida se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Criterios distintos del aplicado por el Grupo Especial en el presente caso podrían también ser adecuados para evaluar si una medida se mantiene sin testimonios científicos suficientes en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. El hecho de que un criterio en particular sea adecuado dependerá de las "circunstancias específicas del caso".³⁰⁰ La metodología adoptada por el Grupo Especial era adecuada, dadas las circunstancias específicas del caso sometido a su consideración, por lo que no creemos que el Grupo Especial incurriera en error al servirse de ella.

165. Por lo que respecta a la alegación del Japón de que el Grupo Especial podía haber hecho su evaluación en el marco del párrafo 2 del artículo 2 a la luz de los criterios relativos al riesgo y los testimonios científicos propugnados por el Japón, recordamos que en el asunto *CE - Hormonas* el

²⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.176.

²⁹⁷ *Ibid.*, párrafo 8.198.

²⁹⁸ *Ibid.*, párrafo 8.199.

²⁹⁹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 84.

³⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 84.

Órgano de Apelación abordó la cuestión de la norma de la prueba que un grupo especial debe aplicar para la evaluación de los testimonios científicos presentados en procedimientos en el marco del *Acuerdo MSF*. Afirmó que el artículo 11 del ESD establece la norma aplicable, que obliga a los grupos especiales a hacer una "evaluación objetiva de los hechos". Añadió que, en cuanto a las constataciones fácticas de los grupos especiales y la apreciación de los testimonios científicos, una deferencia total a las constataciones de las autoridades nacionales no garantizaría una evaluación objetiva, como requiere el artículo 11 del ESD.³⁰¹ A nuestro juicio, la opinión del Japón de que el Grupo Especial estaba obligado a optar por los criterios relativos al riesgo y los testimonios científicos propugnados por el Japón con preferencia a las opiniones de los expertos está en conflicto con la articulación por el Órgano de Apelación de la norma de la "evaluación objetiva de los hechos".

166. A fin de determinar si los Estados Unidos habían acreditado una presunción *prima facie*, el Grupo Especial estaba facultado para tener en cuenta las opiniones de los expertos. De hecho, en *India - Restricciones cuantitativas*, el Órgano de Apelación indicó que para determinar si se ha acreditado una presunción *prima facie* puede ser útil que el Grupo Especial considere las opiniones de los expertos a los que consulta.³⁰² Además, en varias ocasiones, entre ellas en diferencias que conllevaban la evaluación de testimonios científicos, el Órgano de Apelación ha afirmado que los grupos especiales disfrutaban de facultades discrecionales para decidir sobre los hechos³⁰³; disfrutaban de "un margen de discrecionalidad para apreciar el valor de las pruebas, y el peso que [hay] que asignar a las mismas".³⁰⁴ Requerir que los grupos especiales, en su evaluación de las pruebas que tienen ante sí, den precedencia a la evaluación de los testimonios científicos y el riesgo efectuada por el Miembro importador no es compatible con este principio bien establecido.

167. Por esos motivos, rechazamos la alegación de que en virtud del párrafo 2 del artículo 2 un grupo especial, cuando analiza y evalúa los testimonios científicos, está obligado a dar precedencia a los criterios aplicados al riesgo y los testimonios científicos por el Miembro importador. Por consiguiente, no estamos de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial incurrió en error al

³⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 117.

³⁰² Informe del Órgano de Apelación, párrafo 142.

³⁰³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 299; informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161 y 162; informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 132; e informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151. Véase también, informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafos 262-267; el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 140-142; e informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafos 137 y 138.

³⁰⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 161.

evaluar si los Estados Unidos habían acreditado una presunción *prima facie* cuando lo hizo desde una perspectiva diferente de la inherente en los criterios relativos al riesgo y los testimonios científicos propugnados por el Japón. En consecuencia, no estamos persuadidos de que debamos examinar de nuevo la conclusión del Grupo Especial de que los Estados Unidos acreditaron una presunción *prima facie* de que la medida adoptada por el Japón se mantenía sin testimonios científicos suficientes.

168. A la luz de esas consideraciones, confirmamos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.199 y 9.1 a) de su informe, de que la medida fitosanitaria del Japón en litigio se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

VIII. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

169. Examinaremos ahora si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida fitosanitaria del Japón no se impuso en una situación en la que los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

170. El párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* estipula que los Miembros no mantendrán medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes, "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5". Ante el Grupo Especial, el Japón negó que su medida fitosanitaria se mantuviera sin testimonios científicos suficientes en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Subsidiariamente, el Japón alegó que su medida era una medida provisional compatible con el párrafo 7 del artículo 5.

171. El párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* dice así:

Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria

...

Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y

revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

172. El Grupo Especial constató que la medida adoptada por el Japón no es una medida provisional justificada por el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* porque no se aplicaba en una situación en la que los testimonios científicos pertinentes fueran insuficientes.³⁰⁵

173. El Grupo Especial identificó la "cuestión fitosanitaria en litigio" como el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas.³⁰⁶ Observó que sobre esta cuestión "se han acumulado tanto estudios científicos como experiencias prácticas en los últimos 200 años"³⁰⁷, y añadió que en el curso de su análisis con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 había encontrado "una gran cantidad de testimonios científicos pertinentes".³⁰⁸ El Grupo Especial observó que a lo largo de los años se había producido una gran cantidad de testimonios científicos de gran calidad sobre el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas, e indicó que los expertos habían expresado una confianza firme y creciente por lo que respecta a esos testimonios. Tras afirmar que el párrafo 7 del artículo 5 debía invocarse "en situaciones en las que se disponía de pocos testimonios fiables, o de ninguno, sobre la cuestión objeto de examen"³⁰⁹, el Grupo Especial concluyó que la medida no se había impuesto en relación con una situación en la que los testimonios científicos fueran insuficientes.³¹⁰ El Grupo Especial añadió que, aún en el caso de que la expresión "testimonios científicos pertinentes" en el párrafo 7 del artículo 5 hiciera referencia a un *aspecto específico* de un problema fitosanitario, como alegaba el Japón, su conclusión no cambiaría. El Grupo Especial justificó su opinión basándose en la indicación de los expertos de que no sólo existe un gran volumen de testimonios generales, sino también un gran volumen de testimonios científicos pertinentes sobre las cuestiones científicas específicas planteadas por el Japón.³¹¹

174. El Japón impugna la constatación del Grupo Especial de que la medida no se ha impuesto con respecto a una situación en la que los testimonios científicos pertinentes son insuficientes en el sentido

³⁰⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.221 y 8.222.

³⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 8.218.

³⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 8.219.

³⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 8.216.

³⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 8.219.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.220.

del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.³¹² Además, el Japón sostiene que su medida satisface todos los demás requisitos establecidos en el párrafo 7 del artículo 5.³¹³ Por consiguiente, nos pide que revoquemos la constatación del Grupo Especial y que completemos el análisis de la compatibilidad de su medida con los demás requisitos establecidos en el párrafo 7 del artículo 5.³¹⁴

A. *Insuficiencia de testimonios científicos pertinentes*

175. Como se indica más arriba, la alegación formulada por el Japón al amparo del párrafo 7 del artículo 5 se presentó al Grupo Especial con carácter subsidiario.³¹⁵ El Japón sólo invocaba el párrafo 7 del artículo 5 en caso de que el Grupo Especial rechazara su opinión de que existían "testimonios científicos suficientes" para mantener la medida en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. Es en este contexto particular en el que el Grupo Especial atribuyó al Japón la obligación de acreditar una presunción *prima facie* a favor de su posición relativa al párrafo 7 del artículo 5.³¹⁶

176. En *Japón - Productos agrícolas II*, el Órgano de Apelación afirmó que el párrafo 7 del artículo 5 establece cuatro requisitos que han de satisfacerse para adoptar y mantener una medida fitosanitaria provisional.³¹⁷ Esos requisitos son los siguientes:

- i) que la medida se imponga con respecto a una situación en la que "los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes";
- ii) que la medida se adopte "sobre la base de la información pertinente de que se disponga";
- iii) que el Miembro que adopte la medida "trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo"; y

³¹² Observamos que el Japón no impugna la conclusión del Grupo Especial de que para evaluar si la medida se había impuesto con respecto a una situación en la que los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes, el Grupo Especial tenía que examinar "no sólo los testimonios que respaldaran la posición del Japón, sino también los que respaldaran otras opiniones" (*ibid.*, párrafo 8.216).

³¹³ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 117-120.

³¹⁴ *Ibid.*, párrafos 120 y 121.

³¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 4.202.

³¹⁶ No se ha impugnado en la apelación la atribución por el Grupo Especial al Japón de la obligación de acreditar una presunción *prima facie* de compatibilidad con el párrafo 7 del artículo 5.

³¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 89.

- iv) que el Miembro que adopte la medida "revise en consecuencia la medida [...] en un plazo razonable".³¹⁸

Estos cuatro requisitos son "claramente acumulativos por naturaleza"³¹⁹; como indicó el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*, "cuando uno de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el párrafo 7 del artículo 5".³²⁰

177. Las constataciones del Grupo Especial abordan exclusivamente el primer requisito, que a juicio del Grupo Especial el Japón no había satisfecho.³²¹ Al ser los requisitos acumulativos, el Grupo Especial consideró que para constatar una incompatibilidad con el párrafo 7 del artículo 5 era innecesario abordar los demás requisitos.

178. La apelación del Japón se centra también en el primer requisito del párrafo 7 del artículo 5. El Japón sostiene que la evaluación de si los testimonios científicos pertinentes son insuficientes no debe limitarse a los testimonios "en general" sobre la cuestión fitosanitaria de que se trate, sino que debe también abarcar una "situación específica" en relación con una "medida específica" o un "riesgo específico".³²² En consecuencia, el Japón sostiene que las palabras "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes" en el párrafo 7 del artículo 5 "deben interpretarse en el sentido de que se refieren a una situación específica con respecto a una *medida* específica a la que se aplica el párrafo 2 del artículo 2 (o a un riesgo específico), pero no en general a un *asunto concreto*, que el párrafo 2 del artículo 2 no aborda".³²³ A juicio del Japón, el Grupo Especial "incurrió en error al interpretar la aplicabilidad del [párrafo 7 del artículo 5] demasiado estrictamente"³²⁴ y con excesiva "rigidez".³²⁵

³¹⁸ *Ibid.* Los requisitos tercero y cuarto guardan relación con el *mantenimiento* de una medida fitosanitaria provisional y ponen de relieve el carácter *provisional* de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 7 del artículo 5.

³¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 89.

³²⁰ *Ibid.* (las cursivas figuran en el original)

³²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.222.

³²² Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 102.

³²³ *Ibid.* (las cursivas figuran en el original)

³²⁴ *Ibid.*, párrafo 96.

³²⁵ *Ibid.*, párrafos 100 y 101.

179. A nuestro entender, la importancia que el Japón atribuye a la oposición entre testimonios "en general" y testimonios relativos a aspectos específicos de un asunto concreto no está justificada. El primer requisito establecido por el párrafo 7 del artículo 5 es que los testimonios científicos han de ser insuficientes. Cuando un grupo especial examina una medida que un Miembro considera provisional, ese grupo especial tiene que evaluar si "los testimonios científicos pertinentes son insuficientes". Esa evaluación no debe realizarse en abstracto, sino a la luz de una investigación específica. Las nociones de "pertinencia" e "insuficiencia" en la frase introductoria del párrafo 7 del artículo 5 implican una relación entre los testimonios científicos y alguna otra cosa. Para determinar la naturaleza de la relación que ha de establecerse es instructivo leer esa frase introductoria en el contexto más amplio del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, que se titula "Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria". El párrafo 1 del artículo 5 establece una disciplina crucial en el marco de dicho artículo, a saber, que "los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen 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".³²⁶ Esta disciplina informa las demás disposiciones del artículo 5, incluido el párrafo 7 de dicho artículo. Observamos asimismo que en la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 se hace referencia a "una evaluación más objetiva del riesgo". Esos elementos contextuales sugieren la existencia de un vínculo o relación entre el primer requisito establecido en el párrafo 7 del artículo 5 y la obligación de realizar una evaluación de los riesgos establecida en el párrafo 1 del mismo artículo: los "testimonios científicos pertinentes" serán "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*. Por tanto, la cuestión no es si hay suficientes testimonios de carácter general o si hay suficientes testimonios relacionados con un aspecto específico de un problema fitosanitario, o un riesgo específico. La cuestión es si los testimonios pertinentes, ya sean "generales" o "específicos", por utilizar los términos empleados por el Grupo Especial, son suficientes para que pueda evaluarse la probabilidad de entrada, radicación o propagación de, en el presente caso, la niebla del peral y del manzano en el Japón.

180. El Grupo Especial constató, con respecto al riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de manzanas exportadas de los Estados Unidos -"normalmente"³²⁷ manzanas maduras asintomáticas- que "se han aportado no sólo muchos testimonios científicos, sino también

³²⁶ La evaluación de los riesgos a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5 se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*.

³²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.87 y 8.141.

testimonios científicos de gran calidad que describen como despreciable el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por las manzanas", y que "se trata, además, de testimonios sobre los cuales los expertos han expresado una confianza firme y creciente ".³²⁸

181. El Japón también planteó cuestiones específicas relacionadas con bacterias endofíticas en manzanas maduras y con el recorrido total de las vías de contaminación.³²⁹ En relación con esas cuestiones específicas, el Grupo Especial hizo la constatación fáctica, basada en indicaciones de los expertos consultados por el Grupo Especial, de que también con respecto a ellas se dispone de un gran volumen de testimonios científicos pertinentes.³³⁰ Además, el Japón no convenció al Grupo Especial de que esos testimonios científicos no fueran concluyentes o no hubieran producido resultados fiables.³³¹

182. Esas constataciones fácticas del Grupo Especial sugieren que el conjunto de testimonios científicos disponibles permitía, en términos cuantitativos y cualitativos, realizar una evaluación de los riesgos, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*, por lo que respecta al riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de manzanas exportadas de los Estados Unidos al Japón. En particular, con arreglo a esas constataciones fácticas del Grupo Especial, el conjunto de testimonios científicos pertinentes permitiría realizar una "evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación"³³² de la niebla del peral y del manzano en el Japón por medio de manzanas exportadas de los Estados Unidos. Por consiguiente, a la luz de las constataciones fácticas del Grupo Especial, concluimos que, por lo que respecta al riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de manzanas exportadas de los Estados Unidos al Japón ("normalmente" manzanas maduras asintomáticas), los "testimonios científicos pertinentes" no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.

B. *El argumento del Japón sobre la "incertidumbre científica"*

183. El Japón impugna la declaración del Grupo Especial de que el párrafo 7 del artículo 5 sólo tiene por objeto abordar "situaciones en las que se dispone de pocos testimonios fiables, o de ninguno,

³²⁸ *Ibid.*, párrafo 8.219.

³²⁹ *Ibid.*, párrafo 8.220.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*, párrafo 7.9. Véanse también las constataciones fácticas del Grupo Especial en los párrafos 8.128, 8.168 y 8.171 de su informe, formuladas en el contexto de su análisis en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

³³² Anexo A del *Acuerdo MSF*, párrafo 4.

sobre la cuestión objeto de examen"³³³ porque esto no contempla situaciones de "incertidumbre no resuelta". El Japón traza una línea divisoria entre "incertidumbre nueva" e "incertidumbre no resuelta"³³⁴, y aduce que en el párrafo 7 del artículo 5 se contemplan ambas. Según el Japón, la "incertidumbre nueva" surge cuando se identifica un nuevo riesgo; el Japón aduce que la opinión del Grupo Especial de que "se disponía de pocos testimonios fiables, o de ninguno, sobre la cuestión objeto de examen" es pertinente para una situación de "incertidumbre nueva".³³⁵ Entendemos que el Japón define la "incertidumbre no resuelta" como una incertidumbre que los testimonios científicos no pueden resolver, a pesar de la acumulación de tales testimonios.³³⁶ Según el Japón, el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de manzanas constituye en lo fundamental una situación de "incertidumbre no resuelta".³³⁷ El Japón mantiene, por consiguiente, que, a pesar de los considerables testimonios científicos relativos a la niebla del peral y del manzano, aún hay incertidumbre sobre determinados aspectos de la transmisión de la enfermedad. El Japón sostiene que el razonamiento del Grupo Especial equivale a restringir la aplicabilidad del párrafo 7 del artículo 5 a situaciones de "incertidumbre nueva", excluyendo situaciones de "incertidumbre no resuelta"; y que, al razonar así, el Grupo Especial incurrió en un error de derecho.³³⁸

184. No estamos de acuerdo con el Japón. La aplicación del párrafo 7 del artículo 5 no se activa por la existencia de incertidumbre científica, sino más bien por la insuficiencia de testimonios científicos. El texto del párrafo 7 del artículo 5 es claro: hace referencia a casos en los que "los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes", no a la "incertidumbre científica". Estos dos conceptos no son intercambiables. En consecuencia, no podemos aceptar la opinión del Japón de que el párrafo 7 del artículo 5 debe interpretarse a través del prisma de la "incertidumbre científica".

185. Tampoco encontramos justificación para el argumento del Japón de que la interpretación del párrafo 7 del artículo 5 que hace el Grupo Especial es demasiado restringida porque excluye casos en los que la cantidad de testimonios sobre una cuestión fitosanitaria "no sea pequeña"³³⁹, pero en los que

³³³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.219.

³³⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 101.

³³⁵ *Ibid.*, nota 76 al párrafo 98.

³³⁶ *Ibid.*, párrafo 98.

³³⁷ *Ibid.*, párrafos 105-110.

³³⁸ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 110.

³³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.8.

los testimonios científicos no han resuelto la cuestión. La declaración del Grupo Especial de que el párrafo 7 del artículo 5 tiene por objeto abordar situaciones en las que se dispone "de pocos testimonios fiables, o de ninguno, sobre la cuestión objeto de examen" alude a la disponibilidad de testimonios *fiables*. No entendemos la interpretación del Grupo Especial en el sentido de que excluye casos en los que se dispone de una cantidad de testimonios que no es mínima pero que no ha dado lugar a resultados fiables o concluyentes. De hecho, el Grupo Especial reconoció expresamente que esos casos están incluidos en el ámbito de aplicación del párrafo 7 del artículo 5 cuando, en la sección de reexamen intermedio de su informe, observó que con arreglo a su criterio el párrafo 7 del artículo 5 sería aplicable en una situación en la que se hubieran efectuado amplias investigaciones científicas sobre una cuestión en particular sin haberse obtenido testimonios fiables.³⁴⁰

C. *El recurso del Grupo Especial a un "historial de 200 años de estudios y experiencias prácticas"*

186. El Japón sostiene que la conclusión del Grupo Especial por lo que respecta al párrafo 7 del artículo 5 se basa en su evaluación de que, en lo tocante a la niebla del peral y del manzano, "se han acumulado tanto estudios científicos como experiencias prácticas en los últimos 200 años".³⁴¹ El Japón sostiene que el Grupo Especial no estaba facultado para dictar una resolución basándose en un "historial de 200 años de estudios y experiencias prácticas"³⁴² porque "los Estados Unidos no formularon ninguna objeción a la aplicación del párrafo 7 del artículo 5 sobre la base de un 'historial de 200 años de estudios y experiencias prácticas'".³⁴³ En otras palabras, según el Japón, el Grupo Especial no estaba facultado para sacar una conclusión con respecto al párrafo 7 del artículo 5 basándose en ese "historial" a no ser que los Estados Unidos hubieran planteado una objeción basada en el "historial", cosa que los Estados Unidos no habían hecho.³⁴⁴

187. En el curso de su razonamiento, el Grupo Especial indicó que, por lo que respecta al riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas, "se han acumulado tanto estudios científicos como experiencias prácticas en los últimos 200 años".³⁴⁵ Esa declaración era pertinente en relación con el examen del párrafo 7 del artículo 5 y se basaba en los testimonios que el

³⁴⁰ *Ibid.*, párrafo 7.9.

³⁴¹ *Ibid.*, párrafo 8.219; comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 93 y 97.

³⁴² Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 97.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.219.

Grupo Especial tenía ante sí.³⁴⁶ Por consiguiente, era adecuado que el Grupo Especial hiciese esa declaración, con independencia de que los Estados Unidos hubieran presentado expresamente un argumento basado en el "historial".

188. A la luz de esas consideraciones, confirmamos las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.222 y 9.1 b) de su informe, de que la medida fitosanitaria del Japón en litigio no se impuso con respecto a una situación en la que los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes, y de que, en consecuencia, no es una medida provisional justificada en virtud del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Observamos que el Japón nos solicitó que, si revocábamos la constatación del Grupo Especial sobre el párrafo 7 del artículo 5, completáramos el análisis de los demás requisitos establecidos en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Habida cuenta de nuestra conclusión, no hay necesidad de hacerlo.

IX. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

189. Pasamos seguidamente a las alegaciones de error formuladas por el Japón con respecto al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial comenzó su evaluación de la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 del artículo 5 observando que ambas partes identificaban efectivamente un documento, al que se hacía referencia como "ARP de 1999", como la evaluación del riesgo que debía analizarse en esta evaluación.³⁴⁷ El Japón, no obstante, se opuso a que el Grupo Especial examinara testimonios posteriores al ARP de 1999 al evaluar la conformidad del ARP de 1999 con los requisitos establecidos en el párrafo 1 del artículo 5. A pesar de esa objeción, el Grupo Especial concluyó lo siguiente: "examinaremos sobre todo el ARP de 1999 y la evaluación del riesgo pertinente para este caso, pero no excluirémos la posibilidad de que otros elementos, incluida la información ulterior, también puedan ser pertinentes".³⁴⁸

190. Con respecto al contenido de la alegación, el Grupo Especial observó en primer lugar que los Estados Unidos no negaron que el ARP de 1999 identificaba debidamente la niebla del peral y del

³⁴⁶ Observamos que el Dr. Chris Hale, uno de los expertos consultados por el Grupo Especial, aludió a una perspectiva histórica cuando afirmó que "la niebla del peral y del manzano había necesitado 220 años para propagarse desde el Estado de Nueva York, Estados Unidos, en 1780, hasta sus últimas localizaciones geográficas" (*ibid.*, párrafo 6.28).

³⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.247. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, ambos participantes reafirmaron que el análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5 debía centrarse en el ARP de 1999.

³⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.248.

manzano como la enfermedad que era motivo de preocupación.³⁴⁹ El meollo de la alegación de los Estados Unidos era que i) la evaluación de los riesgos no evaluaba suficientemente la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano, y ii) la evaluación no se realizó "según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse".³⁵⁰

191. Por lo que respecta al primer elemento de la alegación, el Grupo Especial dijo que una evaluación de los riesgos debe ser lo bastante específica por lo que respecta al riesgo de que se trate. En ese sentido, el Grupo Especial observó que el ARP de 1999 examinó varios posibles huéspedes de la niebla del peral y del manzano, entre ellos las manzanas. Tras reconocer que el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano podía variar de manera significativa de una planta a otra, el Grupo Especial constató que la evaluación del riesgo no era "lo bastante específica" porque "la conclusión del ARP [de 1999] no alude exclusivamente a la introducción de la enfermedad a través de las manzanas, sino en forma más general, aparentemente, a través de cualquier huésped/vector susceptible".³⁵¹

192. El Grupo Especial constató también que el examen de las posibles vías había "mezclado" el riesgo de la entrada por medio de las manzanas con el derivado de otros posibles vectores, incluidos vectores que se consideraba podían ser fuentes de contaminación más probables que las manzanas.³⁵² El Grupo Especial también determinó que las partes del ARP de 1999 que se dedicaban específicamente a las manzanas, aunque indicaban la *posibilidad* de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano por ese vector, no evaluaban debidamente la *probabilidad* de que tal cosa sucediera. Por último, el Grupo Especial hizo referencia al testimonio de ciertos expertos en el que se identificaban varias etapas en la evaluación de la probabilidad de entrada que en el ARP de 1999 "se pasaron por alto".³⁵³ A la luz de esas deficiencias, el Grupo Especial concluyó que la evaluación del riesgo realizada por el Japón no evaluaba debidamente la probabilidad de entrada, radicación o distribución de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas.

193. Con respecto al segundo elemento de la alegación de los Estados Unidos, el Grupo Especial observó que, con arreglo al Anexo A del *Acuerdo MSF*, una evaluación del riesgo debe realizarse "según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse". Basándose en ese texto, el

³⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 8.252.

³⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 8.253.

³⁵¹ *Ibid.*, párrafo 8.271.

³⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.278.

³⁵³ *Ibid.*, párrafo 8.279.

Grupo Especial determinó que una evaluación del riesgo debe tener en cuenta no sólo la medida específica ya en vigor, sino también otras medidas que "*pudieran*" aplicarse.³⁵⁴ Como en el ARP de 1999 no se tuvieron en cuenta otras medidas de mitigación del riesgo, el Grupo Especial constató que la evaluación del riesgo era inadecuada a los efectos del párrafo 1 del artículo 5.

194. Tras examinar la evaluación de la medida en vigor realizada por el Japón, el Grupo Especial reconoció que podía considerarse que el ARP de 1999 representaba "alguna" evaluación del riesgo de entrada de la enfermedad y de su posible mitigación mediante la medida existente. Observó, sin embargo, que en el asunto *Australia - Salmón* el Órgano de Apelación constató que "alguna" evaluación era insuficiente a los efectos del párrafo 1 del artículo 5, y que una comparación entre la evaluación realizada por el Japón y la realizada por el Miembro importador en aquel caso revelaba que el ARP de 1999 era "considerablemente menos sustancial".³⁵⁵ El Grupo Especial observó asimismo que el ARP de 1999 da por sentado que los componentes individuales de la medida del Japón se aplicarían acumulativamente, sin consideración alguna de su eficacia individual. Constató que el examen de medidas alternativas requerido incluía una obligación de evaluar si los elementos independientes tenían que aplicarse acumulativamente y de explicar por qué.³⁵⁶ Como consecuencia de ello, el Grupo Especial concluyó que en el ARP de 1999 el Japón no había realizado suficientemente su evaluación "según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse".

195. El Japón impugna tres aspectos específicos del análisis del ARP de 1999 efectuado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5. En primer lugar, rechaza la constatación del Grupo Especial de que el ARP de 1999 es incompatible con los requisitos establecidos en el párrafo 1 del artículo 5 porque no centró su análisis en el riesgo de entrada de la niebla del peral y del manzano por medio de *las manzanas* en particular. El Japón sostiene que el Grupo Especial interpretó erróneamente el párrafo 1 del artículo 5 y entendió mal la decisión del Órgano de Apelación, en el asunto *CE - Hormonas*, por lo que respecta al requisito de "especificidad" de una evaluación de los riesgos.³⁵⁷ En segundo lugar, el Japón aduce que el párrafo 1 del artículo 5, contrariamente a la interpretación del Grupo Especial, no requiere una consideración de "más medidas que [las] medidas existentes".³⁵⁸ Por último, el Japón alega que su evaluación de los riesgos debe evaluarse a la luz de

³⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 8.283. (las cursivas figuran en el original)

³⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 8.287.

³⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 8.288.

³⁵⁷ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 127-129.

³⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 133, donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 8.285.

los testimonios disponibles en el momento en que se realizó, y no contrastándola con testimonios a los que se ha tenido acceso posteriormente.³⁵⁹

196. Comenzaremos nuestro análisis con el texto de la disposición pertinente, el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*:

Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales, teniendo en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes.

En la primera cláusula del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* se define la "evaluación del riesgo" de una medida destinada a proteger la salud y la vida de los animales o preservar los vegetales de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de enfermedades en la forma 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 ...³⁶⁰

Sobre la base de esta definición, el Órgano de Apelación determinó, en *Australia - Salmón*,

que 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

³⁵⁹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 135-138.

³⁶⁰ La segunda cláusula del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* se refiere a las evaluaciones del riesgo concernientes a los "posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos". Por tanto, la segunda cláusula no define el tipo de evaluación del riesgo pertinente a efectos de esta diferencia, que entraña la posibilidad de transmisión de la niebla del peral y del manzano a plantas en el Japón. (Véase el informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, nota 67 al párrafo 120.)

- 3) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades *según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse*.³⁶¹ (las cursivas figuran en el original)

197. Como observó el Grupo Especial, los Estados Unidos no alegaron que la evaluación del riesgo efectuada por el Japón no cumpliera la primera de esas condiciones.³⁶² En consecuencia, el Grupo Especial limitó su análisis de la evaluación del riesgo efectuada por el Japón a las condiciones segunda y tercera. Constató que el ARP de 1999 no constituía una "evaluación del riesgo", tal como esa expresión se define en el *Acuerdo MSF*, porque no satisfacía ninguna de esas condiciones. El Japón impugna aspectos del análisis del Grupo Especial relativos a ambas condiciones. Examinaremos cada una de ellas antes de pasar al argumento del Japón relativo a los testimonios en los que un grupo especial puede apoyarse para evaluar una evaluación de los riesgos.

A. *Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano*

198. El Japón impugna en primer lugar la constatación del Grupo Especial de que el ARP de 1999 no era lo bastante específico para constituir una evaluación del riesgo con arreglo al *Acuerdo MSF* porque no evaluaba el riesgo en relación con *las manzanas* en particular. En *CE - Hormonas*, en el contexto de la evaluación de si una medida estaba "basada en" una evaluación del riesgo, el Órgano de Apelación examinó la especificidad de la evaluación del riesgo en que se apoyaba el Miembro importador. En aquel caso, el Miembro importador había hecho referencia a determinados artículos y estudios científicos como evaluación del riesgo subyacente tras sus medidas. En su informe, el Órgano de Apelación describió la constatación del Grupo Especial de que esos materiales:

... se refieren al potencial carcinogénico de todas las *categorías de hormonas*, o de las hormonas en cuestión *en general* ... Las monografías y los artículos y opiniones de los científicos no han evaluado el potencial carcinogénico de esas hormonas cuando se utilizan específicamente *con el fin de estimular el crecimiento*. Además, no evalúan la posibilidad concreta de que se produzcan efectos carcinogénicos como consecuencia de la presencia *en "los alimentos"*, más específicamente, en "la carne o los productos cárnicos" de residuos de las hormonas en cuestión.³⁶³ (las cursivas figuran en el original)

³⁶¹ *Ibid.*, párrafo 121.

³⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.252.

³⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 199.

199. El Grupo Especial encargado del asunto *CE - Hormonas* concluyó, como consecuencia de ello, que los estudios citados por el Miembro importador eran insuficientes para respaldar las medidas impugnadas. El Órgano de Apelación confirmó esas constataciones, afirmando que, si bien los estudios citados por el Miembro importador:

[...] muestran, de hecho, la existencia de un riesgo general de cáncer; [...] no se concentran en el tipo particular de riesgo que aquí se plantea -el potencial cancerogénico o genotóxico de los residuos de las hormonas encontrados en la carne de ganado al que se habían administrado las hormonas con el fin de estimular el crecimiento- ni tratan de ese tipo de riesgo, tal como se exige en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.³⁶⁴

En consecuencia, el Órgano de Apelación concluyó que la evaluación del riesgo no era "suficientemente específica con respecto al asunto de que se trata".³⁶⁵

200. En el presente caso, el Grupo Especial, apoyándose en la constatación del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, concluyó que el ARP de 1999 no era lo bastante específico para constituir una "evaluación del riesgo" con arreglo al *Acuerdo MSF*.³⁶⁶ El Grupo Especial basó esa conclusión en su constatación de que el ARP de 1999, aunque hizo determinaciones relativas a la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano por una serie de huéspedes diversos (incluidas las manzanas), no evaluó la entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas como vector separado y diferenciado.³⁶⁷ Como indicó el Grupo Especial en respuesta a las observaciones formuladas por el Japón en el curso del reexamen intermedio, "el Japón evaluó los riesgos asociados a todos los posibles huéspedes considerados en su conjunto, sin tener suficientemente en cuenta los riesgos concretamente asociados con el producto de que se trataba: manzanas estadounidenses exportadas al Japón".³⁶⁸

201. El Japón no discute la caracterización de la evaluación del riesgo por el Grupo Especial como una evaluación que no analizó los riesgos de las manzanas por separado de los riesgos planteados por otros huéspedes.³⁶⁹ No obstante, alega que el razonamiento del Grupo Especial alude a una "cuestión

³⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 200.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.267 y 8.271.

³⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.268 a 8.271.

³⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 7.14.

³⁶⁹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 128; respuesta del Japón a preguntas formuladas en la audiencia.

de metodología", que debe quedar al arbitrio del Miembro importador.³⁷⁰ El Japón sostiene que la exigencia de "especificidad" a que se hace referencia en *CE - Hormonas* alude a la especificidad del riesgo y no a la metodología de la evaluación del riesgo.³⁷¹

202. No estamos de acuerdo con el Japón. Con arreglo al *Acuerdo MSF*, la obligación de realizar una evaluación del "riesgo" no se satisface simplemente con un examen general de la enfermedad que se trata de evitar mediante la imposición de una medida fitosanitaria.³⁷² El Órgano de Apelación constató que la evaluación del riesgo examinada en *CE - Hormonas* no era "lo bastante específica", aunque bs artículos científicos citados por el Miembro importador habían evaluado el "potencial carcinogénico de todas las categorías de hormonas, o de las hormonas en cuestión en general".³⁷³ El Órgano de Apelación concluyó que la evaluación del riesgo, para constituir una "evaluación del riesgo" tal como se define en el *Acuerdo MSF*, debería haber examinado el potencial carcinogénico no de las hormonas pertinentes en general, sino de "los residuos de las hormonas encontradas en la carne de ganado al que se habían administrado las hormonas con el fin de estimular el crecimiento".³⁷⁴ En consecuencia, al examinar el riesgo que debía especificarse en la evaluación del riesgo en el asunto *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación se remitió en general al daño de que se trataba (cáncer o daños genéticos) *así como al* agente exacto que podría causar el daño (es decir, las hormonas específicas cuando se utilizaban en forma específica y con fines específicos).

203. En el presente caso, el Grupo Especial constató que la conclusión del ARP de 1999 sobre la niebla del peral y del manzano se basaba "en una evaluación global de posibles modos de contaminación, entre los que las manzanas [eran] sólo uno de los posibles huéspedes/vectores considerados".³⁷⁵ El Grupo Especial constató asimismo, basándose en los testimonios científicos, que

³⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 127.

³⁷¹ *Ibid.*, párrafo 129.

³⁷² De hecho, opinamos que, con carácter general, el "riesgo" no puede normalmente entenderse sólo en términos de la enfermedad o de los efectos perjudiciales que puedan resultar de ella. Antes bien, una evaluación del riesgo debe poner en relación la posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales con un antecedente o causa. Por ejemplo, la referencia en abstracto al "riesgo de cáncer" no es en y por sí misma significativa en el marco del *Acuerdo MSF*; no obstante, cuando se hace referencia al "riesgo de cáncer por fumar cigarrillos", se atribuye contenido a ese riesgo específico.

³⁷³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 199. (las cursivas figuran en el original) En otras palabras, la evaluación del riesgo presentada por el Miembro importador en *CE - Hormonas* tenía en cuenta la relación entre el amplio grupo de hormonas que eran objeto de la medida y el cáncer.

³⁷⁴ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200.

³⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.270.

el riesgo de entrada, radicación o propagación de la enfermedad varía de manera significativa en función del vector, o planta huésped específica, que se esté evaluando.³⁷⁶ Dado que la medida en litigio guarda relación con el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas, para determinar si la evaluación del riesgo es "suficientemente específica con respecto al asunto de que se trata"³⁷⁷, la naturaleza del riesgo al que pretende hacer frente la medida en litigio es un factor que debe tenerse en cuenta. A la luz de estas consideraciones, opinamos que el Grupo Especial determinó adecuadamente que la evaluación en el ARP de 1999 de "los riesgos asociados a todos los posibles huéspedes considerados en su conjunto"³⁷⁸ no era suficientemente específica para poderse considerar como una "evaluación del riesgo" con arreglo al *Acuerdo MSF* por lo que respecta a la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano en el Japón por medio de las manzanas.³⁷⁹

204. El Japón sostiene que el *Acuerdo MSF* no hace referencias directas a la "metodología" de la evaluación de los riesgos. En particular, sugiere que la cuestión de si el análisis del riesgo debe hacerse sobre la base de la plaga o enfermedad en particular o sobre la base de un producto en particular es una "cuestión de metodología" que el *Acuerdo MSF* no aborda directamente.³⁸⁰ Estamos de acuerdo. No obstante, y contrariamente a lo alegado por el Japón, la interpretación que el Grupo Especial hace de *CE - Hormonas* no sugiere que sea obligatorio atenerse a alguna metodología en particular para realizar una evaluación del riesgo. En otras palabras, aunque, en un contexto dado, una evaluación del riesgo debe tener en cuenta un agente o vía específicos a través de los cuales puede producirse la contaminación, nada impide a los Miembros organizar sus evaluaciones del riesgo centrándose en la enfermedad o plaga de que se trate, o en el producto que va a importarse. Por tanto,

³⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 8.271 del informe del Grupo Especial dice así:

Los testimonios científicos presentados por ambas partes revelan inequívocamente que el riesgo de introducción y propagación de la enfermedad varía considerablemente en función de la planta huésped, y que los plantones de viveros y los brotes se identifican como fuentes conocidas de propagación de la niebla del peral y del manzano en algunos casos.

³⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200.

³⁷⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.14.

³⁷⁹ Destacamos que entendemos que el Grupo Especial no basó su constatación en si el *Acuerdo MSF* requiere una evaluación del riesgo para analizar la importación de productos a *países específicos*, ni hizo referencia alguna a ello. Ninguno de los participantes en esta apelación nos ha pedido que constatemos que la definición de la "evaluación del riesgo" en el *Acuerdo MSF* obliga a efectuar un análisis del riesgo específico para *cada país* de exportación. En consecuencia, no formularemos constataciones sobre si ese análisis centrado en *países específicos* es necesario para satisfacer las obligaciones de un Miembro en virtud del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

³⁸⁰ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 127 y 128.

los Miembros están libremente facultados para tener en cuenta, en su análisis del riesgo, más de un agente en relación con una enfermedad, siempre que la evaluación del riesgo atribuya específicamente a cada agente la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la enfermedad. Los Miembros también son libres de aplicar la otra "metodología" identificada por el Japón y centrarse en un producto en particular, con sujeción a la misma salvedad.

205. De hecho, las normas internacionales pertinentes, que según el Japón "adoptan ambas metodologías"³⁸¹, contemplan expresamente el examen del riesgo en relación con vías específicas.³⁸²

³⁸¹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 128, donde se citan las "Directrices para el Análisis del Riesgo de Plagas", *Normas Internacionales para Medidas Fitosanitarias*, N° 2 (Roma, 1996), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; Japón - Prueba documental 30, presentada por el Japón al Grupo Especial; y "Análisis de Riesgo de Plagas para Plagas Cuarentenarias", *Normas Internacionales para Medidas Fitosanitarias*, N° 11 (Roma, 2001), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; Estados Unidos - Prueba documental 15, presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial.

³⁸² Por ejemplo, las *Normas Internacionales para Medidas Fitosanitarias*, N° 2, establecen, en la página 19:

La etapa final de la evaluación se refiere al potencial de introducción, que depende de las vías de entrada desde el país exportador hasta el de destino y la frecuencia y la cantidad de plagas relacionadas con ellas ...

La lista que sigue, que es sólo parcial, se puede utilizar para estimar el potencial de introducción, y en ella se indican por separado los factores que pueden influir en la probabilidad de entrada y los que pueden influir en la probabilidad de establecimiento.

Entrada:

- oportunidad de contaminación de productos básicos o medios de transporte por la plaga

Establecimiento:

- número y frecuencia de las entregas del producto básico
- ...
- uso previsto del producto básico.

...

(Japón - Prueba documental 30, presentada por el Japón al Grupo Especial, *supra*, nota 381)

De manera análoga, las *Normas Internacionales para Medidas Fitosanitarias*, N° 11, establecen, en la página 17:

Es preciso tener en cuenta todas las vías pertinentes. Los envíos de plantas y productos vegetales que son objeto de comercio internacional son las vías de interés primordial y las modalidades de ese comercio determinarán, en una medida considerable, que vías son pertinentes. Cuando sea apropiado, deberán tenerse en cuenta otras vías, como por ejemplo otros tipos de productos básicos

Esas normas requieren ese examen específico aunque el análisis del riesgo se inicie sobre la base de la plaga o enfermedad de que se trate en particular³⁸³, como en el caso del ARP de 1999. Por tanto, nuestra conclusión de que el Grupo Especial constató debidamente que la evaluación del riesgo realizada por el Japón no era suficientemente específica no limita el derecho de un Miembro importador a adoptar cualquier "metodología" adecuada que esté en conformidad con la definición de la "evaluación del riesgo" que figura en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

206. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.271 de su informe, de que el Análisis de Riesgo de Plagas de 1999 efectuado por el Japón no satisface la definición de "evaluación del riesgo" establecida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, porque no evalúa la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano específicamente por medio de las manzanas.

B. *Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano "según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse"*

207. El Japón impugna también la constatación del Grupo Especial de que "el Japón no ha evaluado debidamente la probabilidad de entrada 'según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse'".³⁸⁴ Según el Grupo Especial, los términos de la definición de "evaluación del riesgo" establecida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* -más concretamente, la frase "según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse"- sugieren que "deben tenerse en cuenta no sólo las medidas específicas que se están aplicando actualmente, sino al menos un posible conjunto de medidas pertinentes".³⁸⁵ El Japón reconoció que no había tenido en cuenta políticas

Entre los factores que hay que considerar se incluyen:

- mecanismo de dispersión, incluyendo los vectores para permitir la movilización desde la vía hacia el hospedero apropiado
- si el producto básico importado ha de enviarse a pocos o muchos puntos de destino en el área [de análisis de riesgo de plagas]
- uso previsto del producto básico

(Estados Unidos - Prueba documental 15, presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial, *supra*, nota 381.)

³⁸³ Véase *supra*, nota 382.

³⁸⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.285. Véase la comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 133.

³⁸⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.285.

distintas de la medida que ya se aplicaba.³⁸⁶ Sin embargo, a juicio del Japón, esto "también constituye una cuestión de metodología", que debe quedar al arbitrio del Miembro importador.³⁸⁷

208. La definición de "evaluación del riesgo" en el *Acuerdo MSF* requiere que la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una enfermedad se realice "según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse".³⁸⁸ Convenimos con el Grupo Especial en que esta frase "alude a las medidas *que pudieran* aplicarse, no simplemente a las medidas que *se están* aplicando".³⁸⁹ Las palabras "que pudieran aplicarse" ("*which might be applied*") se utilizan en condicional. En ese sentido, "*might*" ("pudieran") significa: "*were or would be or have been able to, were or would be or have been allowed to, were or would perhaps*" ("pudieron, podrían o han podido, se les permitió, se les permitiría o se les ha permitido, ... tal vez").³⁹⁰ Entendemos que esa frase entraña que una evaluación del riesgo no debe estar limitada a un examen de la medida ya aplicada o favorecida por el Miembro importador. En otras palabras, la evaluación que contempla el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* no debe verse distorsionada por opiniones preconcebidas sobre la naturaleza y el contenido de la medida que ha de adoptarse; y tampoco debe convertirse en una actividad específicamente diseñada y desarrollada con la finalidad de justificar decisiones *ex post facto*.

209. En el presente caso, el Grupo Especial constató que el ARP de 1999 abordaba exclusivamente las "medidas de cuarentena de plantas contra *E. amylovora* concernientes a las manzanas frescas estadounidenses que han sido adoptadas por el Japón sobre la base de la propuesta del Gobierno de los Estados Unidos desde 1994".³⁹¹ El Grupo Especial constató asimismo que en el ARP de 1999 no se hizo ningún intento "de evaluar la 'eficacia relativa' de las diversas prescripciones individuales aplicadas [y que] aparentemente la evaluación se basa en la presuposición inicial de que todas esas medidas se aplicarían acumulativamente"³⁹², sin análisis alguno "de su eficacia relativa y de si todas

³⁸⁶ Respuesta del Japón a preguntas formuladas en la audiencia.

³⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 133.

³⁸⁸ Anexo A del *Acuerdo MSF*, párrafo 4.

³⁸⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.283. (las cursivas figuran en el original)

³⁹⁰ *Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), volumen I, página 1.725.

³⁹¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.284, con cita del ARP de 1999, § 3-1. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, el Japón confirmó que el ARP de 1999 no analizaba medidas fitosanitarias distintas de la ya adoptada.

³⁹² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.288.

ellas en combinación son necesarias, y por qué, para reducir o eliminar la posibilidad de entrada o propagación de la enfermedad".³⁹³ Además, el Grupo Especial hizo referencia a "las opiniones del Dr. Hale y el Dr. Smith en el sentido de que el ARP de 1999 "parecía prejuzgar el resultado de su evaluación del riesgo", y de que "su objetivo principal era mostrar que cada una de las medidas ya aplicadas era efectiva en algún aspecto, y concluyó que por tanto todas debían aplicarse"". ³⁹⁴ A nuestro entender, esas constataciones fácticas del Grupo Especial demuestran inequívocamente que el ARP de 1999 se diseñó y realizó en forma tal que *no* se tuvo en cuenta ninguna política fitosanitaria distinta del sistema reglamentario *ya vigente*. Por consiguiente, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.285 de su informe, de que "el Japón no ha evaluado debidamente la probabilidad de entrada 'según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse'".

C. *Consideración de los testimonios científicos de los que se tiene conocimiento después de la evaluación del riesgo de que se trate*

210. Por último, el Japón aduce que "el ARP del Japón *estaba* en conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en la fecha del análisis, porque la conformidad de una evaluación del riesgo con el párrafo 1 del artículo 5 debe determinarse en función de la información disponible en el momento en que se realizó".³⁹⁵ A juicio del Japón, una evaluación del riesgo sólo debe evaluarse en función de los testimonios disponibles en la fecha en que se efectuó, de modo que no puede considerarse que un Miembro que satisface los requisitos propios de una evaluación del riesgo al adoptar una medida actúa en forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 cuando se descubren testimonios científicos publicados posteriormente.³⁹⁶

211. En la audiencia invitamos al Japón a identificar los testimonios de que se tuvo conocimiento después del ARP de 1999 en los que el Grupo Especial se había apoyado al evaluar la evaluación del riesgo del Japón con arreglo al párrafo 1 del artículo 5. El Japón no pudo identificar ninguno. También preguntamos a los participantes cuáles serían las consecuencias jurídicas para la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5 si constatáramos, como el Japón solicita, que el Grupo Especial no estaba facultado para examinar testimonios de fecha posterior al ARP de 1999. Los Estados Unidos sugirieron que no había

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 8.289. (se omiten las notas al pie de página)

³⁹⁵ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 135. (las cursivas figuran en el original)

³⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 135.

consecuencias por lo que respecta a la presente diferencia, porque la evaluación del riesgo era "inadecuada" en la fecha en que se realizó.³⁹⁷ El Japón tampoco identificó las consecuencias que tendría una constatación de estas características por nuestra parte.

212. El Grupo Especial concluyó que la medida adoptada por el Japón no podía "estar basada" en una evaluación del riesgo, como requiere el párrafo 1 del artículo 5, porque el ARP de 1999 no satisfacía la definición de "evaluación del riesgo" establecida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.³⁹⁸ El Grupo Especial determinó que la definición de "evaluación del riesgo" no se satisfacía porque el ARP de 1999 no cumplía las dos condiciones arriba examinadas, a saber, que una evaluación del riesgo i) "evalúe la probabilidad de entrada, radicación o distribución" de la enfermedad de que se trate, y ii) se efectúe "según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse".³⁹⁹

213. A nuestro entender, el Japón no pudo identificar ningún testimonio científico en que el Grupo Especial se hubiera apoyado pero que se hubiera publicado con posterioridad a la evaluación del riesgo de 1999 porque de hecho el Grupo Especial no basó su constatación en tales testimonios. El análisis del Grupo Especial se centró casi exclusivamente en la propia evaluación del riesgo para determinar si el ARP de 1999 satisfacía los requisitos jurídicos que a juicio del Grupo Especial establece el *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial identificó esos requisitos como la necesidad de evaluar un riesgo con un cierto grado de "especificidad", de evaluar probabilidades y no posibilidades, y de evaluar la probabilidad de entrada "según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse".⁴⁰⁰ Aparte del texto del ARP de 1999, la única información científica en la que el Grupo Especial se apoyó guarda relación con su constatación sobre la "especificidad"; en lo tocante a esta cuestión, el Grupo Especial determinó que "los testimonios científicos presentados por ambas partes revelan inequívocamente que el riesgo de introducción y propagación de la enfermedad varía considerablemente en función de la planta huésped".⁴⁰¹ Basándose en esa constatación fáctica, el Grupo Especial concluyó que la evaluación del riesgo efectuada por el Japón no era "lo bastante

³⁹⁷ Respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

³⁹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.290 y 8.291.

³⁹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.280, 8.285 y 8.288.

⁴⁰⁰ Véanse, por ejemplo, *ibid.*, párrafos 8.268, 8.270-8.271, 8.274-8.278, 8.284 y 8.287-8.288.

⁴⁰¹ *Ibid.*, párrafo 8.271.

específica con respecto a la cuestión objeto de examen" porque no examinaba el riesgo específicamente en relación con las manzanas.⁴⁰²

214. Al afirmar que su constatación fáctica se basaba en "testimonios científicos presentados por ambas partes", el Grupo Especial no citó esos estudios ni facilitó indicación alguna sobre si eran de fecha anterior o posterior a la evaluación del riesgo efectuada por el Japón. El Japón no afirma que cuando se efectuó la evaluación del riesgo no disponía de esos testimonios científicos, o de cualquier otro testimonio científico subyacente tras la conclusión del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5. Observamos asimismo que el expediente del Grupo Especial contiene testimonios científicos pertinentes invocados por ambas partes de los que se tuvo conocimiento *antes de* la evaluación del riesgo efectuada por el Japón.⁴⁰³ Esos testimonios podían haber constituido razonablemente la base para la conclusión del Grupo Especial de que el riesgo de la niebla del peral y del manzano varía en función de la planta huésped. Dadas estas circunstancias, no estamos persuadidos de que el Grupo Especial, al analizar la conformidad del ARP de 1999 con las obligaciones asumidas por el Japón en virtud del párrafo 1 del artículo 5, se apoyara en testimonios científicos que no estaban a disposición del Japón cuando éste efectuó su evaluación del riesgo.

215. Como el Japón no ha logrado establecer que el Grupo Especial utilizó testimonios científicos posteriores para evaluar la evaluación del riesgo en cuestión, no es preciso que expresemos opiniones sobre si la conformidad de una evaluación del riesgo con el párrafo 1 del artículo 5 debe determinarse exclusivamente sobre la base de los testimonios científicos disponibles en el momento en que se realizó dicha evaluación, con exclusión de toda información posterior. La resolución de esas alegaciones hipotéticas no serviría para "hallar una solución positiva" a esta diferencia.⁴⁰⁴

216. Por consiguiente, confirmamos la constatación del Grupo Especial, que figura en el párrafo 8.290 de su informe, de que el Análisis del Riesgo de Plagas de 1999 realizado por el Japón no satisface la definición de "evaluación del riesgo" establecida en el párrafo 4 del Anexo A del

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ Véase, por ejemplo, R.G. Roberts y otros, "*The potential for spread of Erwinia amylovora and fire blight via commercial apple fruit: a critical review and risk assessment*", *Crop Protection* (1998), volumen 17, Nº 1, páginas 19-28, página 24; Japón - Prueba documental 5, presentada por el Japón al Grupo Especial, y Estados Unidos - Prueba documental 4, presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial; T. van der Zwet y otros, "*Population of Erwinia amylovora on External and Internal Apple Fruit Tissues*", *Plant Disease* (1990), volumen 74, Nº 9, páginas 711-716, página 711; Japón - Prueba documental 7, presentada por el Japón al Grupo Especial; y S.V. Thomson, "*Fire blight of apple and pear*", *Diseases of Fruit Crops* (J. Kumar y otros, eds.), volumen 3, páginas 32-65 § 2-1, página 32 y § 2-9-2, página 49; Estados Unidos - Prueba documental 44, presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial.

⁴⁰⁴ Párrafo 7 del artículo 3 del ESD.

Acuerdo MSF porque i) no "evalúa la probabilidad de entrada, radicación o distribución" de la enfermedad de que se trate, y ii) no efectúa esa evaluación "según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse". Además, como el ARP de 1999 no es una "evaluación del riesgo" en el sentido del *Acuerdo MSF*, de ello se sigue, como constató el Grupo Especial (en los párrafos 8.291 y 9.1 c) de su informe), que la medida fitosanitaria del Japón impugnada no "se basa en" una evaluación del riesgo, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

X. Artículo 11 del ESD

217. El Japón plantea, al amparo del artículo 11 del ESD, dos impugnaciones relacionadas con las constataciones fácticas del Grupo Especial: una se refiere al análisis efectuado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, y la otra al análisis efectuado por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del mismo Acuerdo. En la sección IV del presente informe constatamos que la impugnación al amparo del artículo 11 relacionada con el análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5 no se había identificado suficientemente en el anuncio de apelación del Japón para que pudiera considerarse que los Estados Unidos habían sido notificados.⁴⁰⁵ Constatamos que la impugnación relacionada con el párrafo 1 del artículo 5 no estaba debidamente sometida a nuestra consideración, por lo que declinamos pronunciarnos sobre ella. En consecuencia, a continuación sólo examinaremos la impugnación de las constataciones fácticas del Grupo Especial formulada por el Japón al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

218. Con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, el Japón impugna el análisis efectuado por el Grupo Especial de la probabilidad de que la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas a otras plantas se recorriera en su totalidad. En particular, el Japón objeta la constatación del Grupo Especial de que "no se ha establecido con testimonios científicos suficientes que es probable que se recorra en su totalidad la última fase de la vía (es decir, la transmisión de la niebla del peral y del manzano a una planta huésped)".⁴⁰⁶ El Grupo Especial formuló esta constatación fáctica sobre la última etapa de la vía con respecto a las manzanas, lo que incluye las manzanas maduras asintomáticas y también las manzanas que no son maduras y asintomáticas. Según el Japón, el Grupo Especial, en su análisis, cometió, al evaluar los testimonios científicos pertinentes, diversos errores, cada uno de los cuales significa que el Grupo Especial no "hizo una evaluación objetiva de los hechos" como requiere el artículo 11 del ESD. Los errores alegados por el Japón son los siguientes:

⁴⁰⁵ Véase *supra*, párrafos 127 y 128.

⁴⁰⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.168.

- i) que el Grupo Especial incurrió en un error fáctico "esencial" en su caracterización de los testimonios experimentales subyacentes tras la conclusión del Grupo Especial de que no era probable que la niebla del peral y del manzano se transmitiera a otras plantas⁴⁰⁷;
- ii) que el Grupo Especial llegó a una conclusión que abarcaba las manzanas infectadas, cuando los testimonios de que disponía "se centraban en" manzanas maduras asintomáticas⁴⁰⁸;
- iii) que el Grupo Especial no tuvo en cuenta el "principio de precaución", o la prudencia en que hicieron hincapié los expertos consultados por el Grupo Especial, al llegar a sus conclusiones sobre la probabilidad de que la vía se recorriera en su totalidad⁴⁰⁹; y
- iv) que la conclusión del Grupo Especial sobre la probabilidad de que la vía se recorriera en su totalidad es incompatible con el reconocimiento por el Grupo Especial de que el riesgo identificado por los expertos no era simplemente un "riesgo teórico".⁴¹⁰

219. Los Estados Unidos rechazan la impugnación formulada por el Japón al amparo del artículo 11 en la medida en que se aplica a manzanas maduras asintomáticas, y sostienen que el Grupo Especial no estaba facultado para hacer constataciones sobre manzanas que no fueran manzanas maduras asintomáticas. Aducen que en lo fundamental el Japón impugna la caracterización y ponderación de los testimonios por el Grupo Especial, tratando así en la práctica de obligar al Grupo Especial a formular una constatación sobre la totalidad del recorrido de la vía, cuando el expediente no contiene testimonio alguno que respalde tal constatación. Dado el "estricto criterio" que ha de satisfacerse para que pueda aceptarse una alegación al amparo del artículo 11, los Estados Unidos sostienen que la alegación del Japón debe rechazarse por lo que respecta a las manzanas maduras asintomáticas.⁴¹¹

220. Comenzamos observando que el artículo 11 del ESD requiere que cada grupo especial, entre otras cosas, deberá hacer:

⁴⁰⁷ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 52-54.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 51.

⁴⁰⁹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 64-70.

⁴¹⁰ *Ibid.*, párrafos 60-63.

⁴¹¹ Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 10.

... una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados.

221. En la primera apelación en la que se impugnaron constataciones fácticas del Grupo Especial al amparo del artículo 11⁴¹², *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación determinó que "el deber de hacer una evaluación objetiva del asunto 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".⁴¹³ En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación observó asimismo que:

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.⁴¹⁴

Posteriormente a *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación ha hecho reiteradamente hincapié en que los grupos especiales, dentro de los límites de su obligación, establecida por el artículo 11, de hacer una evaluación objetiva de los hechos, disfrutan de un "margen de discrecionalidad" como juzgadores de hecho.⁴¹⁵ En consecuencia, los grupos especiales "no están obligados a atribuir a las pruebas

⁴¹² Antes de *CE - Hormonas* se planteó en apelación una alegación al amparo del artículo 11 en *Estados Unidos - Camisas y blusas*, pero esa alegación abordaba únicamente "si el artículo 11 del ESD da a una parte reclamante el derecho a que se adopte una conclusión sobre cada una de las cuestiones jurídicas que ha planteado ante un grupo especial". (Informe del Órgano de Apelación, página 21, DSR 1997.I, 323, 338.) Como tal, la alegación no impugnaba la "evaluación de los hechos" efectuada por el Grupo Especial. Además, en *Canadá - Publicaciones periódicas* el apelante invocó el artículo 11 al impugnar el hecho de que el Grupo Especial se basara en un "ejemplo hipotético" para formular una determinación sobre los "productos similares" con arreglo al párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994. (Informe del Órgano de Apelación, página 5, DSR 1997.I, 449, 452.) Sin embargo, el Órgano de Apelación no formuló ninguna resolución con respecto al artículo 11. (*Ibid.*, páginas 20-23, DSR 1997.I, 449, 465-468.)

⁴¹³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 133.

⁴¹⁴ *Ibid.*, párrafo 132.

⁴¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 161. Véanse también, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *CE - Accesorios de tubería*, párrafo 125; el informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 170, 177 y 181; el informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 299; el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafos 161 y 162; el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 141 y 142; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151; informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 266; e informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 138.

fácticas presentadas por las partes el mismo sentido y peso que éstas"⁴¹⁶ y están facultados "para determinar que debía atribuirse más peso a ciertos elementos de las pruebas que a otros".⁴¹⁷

222. Habida cuenta de este margen de discrecionalidad, el Órgano de Apelación ha reconocido 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".⁴¹⁸ Al abordar alegaciones formuladas al amparo del artículo 11 del ESD, el Órgano de Apelación no va "más allá que el Grupo Especial en la evaluación del valor probatorio de ... estudios o de las consecuencias, en su caso, de los presuntos defectos [de las pruebas]".⁴¹⁹ En efecto:

Al evaluar la apreciación por el Grupo Especial de las pruebas presentadas, no podemos basar una constatación de incompatibilidad en relación con el artículo 11 simplemente en la conclusión de que podríamos haber llegado a una constatación fáctica diferente de aquella a la que llegó el Grupo Especial. En cambio, debemos asegurarnos de que el Grupo Especial se ha excedido de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha de decidir sobre los hechos, en su apreciación de las pruebas.⁴²⁰

Cuando las partes que impugnan una constatación fáctica de un grupo especial en el marco del artículo 11 no han logrado establecer que el grupo especial ha sobrepasado los límites de sus facultades discrecionales como juzgador de hecho, el Órgano de Apelación no ha "interferido" en las constataciones del grupo especial.⁴²¹

A. *La caracterización de las pruebas experimentales por el Grupo Especial*

223. El Japón impugna en primer lugar un "error fáctico" en una de las declaraciones presentadas en apoyo de la constatación del Grupo Especial sobre el recorrido total de la última etapa de la vía por

⁴¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 267.

⁴¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 161.

⁴¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133.

⁴¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 177, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, párrafo 161.

⁴²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 159, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

⁴²¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 170; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

lo que respecta a las manzanas.⁴²² El Japón hace referencia a la siguiente declaración del Grupo Especial:

Tomamos nota de que los experimentos en los que se ha tratado de reproducir las condiciones aplicables a manzanas descartadas no han dado lugar a ninguna contaminación visible, incluso en los casos en que se ha comunicado la existencia de exudado.⁴²³ (se omite la nota al pie de página).

Según el Japón, en los experimentos a los que el Grupo Especial hizo referencia se utilizaron manzanas inoculadas, no manzanas infectadas naturalmente. El Japón indica que no se ha registrado la presencia de exudado en manzanas inoculadas.⁴²⁴ Por tanto, en su comunicación sostiene que la declaración arriba citada es una caracterización errónea de los estudios científicos subyacentes.⁴²⁵

224. Observamos que el Grupo Especial hizo esa declaración en apoyo de su constatación fáctica de que no se ha establecido con testimonios científicos suficientes que es probable que se recorra en su totalidad la última fase de la vía (es decir, la transmisión de la niebla del peral y del manzano a una planta huésped).⁴²⁶ El Grupo Especial también formuló esta constatación fáctica en los siguientes términos:

suponiendo pudiera darse [un caso de manzanas infectadas o infestadas], la entrada, radicación o propagación de la enfermedad como consecuencia de la presencia de esas bacterias en las manzanas o dentro de ellas podría requerir que se completara una secuencia adicional de acontecimientos que se considera improbable y que hasta la fecha ni siquiera se ha establecido experimentalmente.⁴²⁷

Además de los estudios citados por el Grupo Especial, cuya caracterización impugna el Japón, el Grupo Especial, para fundamentar esta constatación de hecho, hizo referencia a las siguientes pruebas: i) la "serie de condiciones acumulativas" identificadas por los expertos para que la vía se recorriera con éxito en su totalidad⁴²⁸; ii) la observación de los expertos de que no se ha establecido la

⁴²² Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 52.

⁴²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.166.

⁴²⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 52.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.168.

⁴²⁷ *Ibid.*, párrafo 8.171 d).

⁴²⁸ *Ibid.*, párrafo 8.166, donde se cita *ibid.*, párrafo 6.70 (Dr. Hayward) y 6.71 (Dr. Smith).

contaminación por aves⁴²⁹; iii) en la medida en que los expertos constataron que "la contaminación a corta distancia" era posible debido a las salpicaduras de lluvia o a las abejas, esa constatación "se refería a la contaminación en la etapa de floración, no a la contaminación a través de las manzanas"⁴³⁰; y iv) "los testimonios presentados por el Japón eran en lo fundamental indiciarios, o fueron considerados poco convincentes por los expertos".⁴³¹ A la luz del otro material fáctico en el que el Grupo Especial se apoyó, incluido su examen explícito de los testimonios científicos presentados por el Japón, y habida cuenta de que éstos se descartaron, no podemos constatar que el Grupo Especial, al evaluar los testimonios pertinentes que tenía ante sí, sobrepasó los límites de su "margen de discrecionalidad"⁴³² de modo que pudiera ponerse en entredicho su constatación relacionada con la última fase de la vía. Por tanto, el Japón no ha logrado establecer, de modo que justifique que interfiramos con una constatación fáctica del Grupo Especial, que éste no satisfizo las obligaciones que le imponía el artículo 11.

B. *Testimonios "centrados en" manzanas maduras asintomáticas*

225. Pasamos ahora al siguiente aspecto de la alegación formulada por el Japón al amparo del artículo 11 del ESD: que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con las obligaciones establecidas por ese artículo al formular constataciones que abarcaban el recorrido completo de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano por manzanas "infectadas", porque los testimonios que el Grupo Especial tenía ante sí "se centraban en" la vía con respecto a las manzanas maduras asintomáticas.⁴³³ En otras palabras, el Japón sostiene que no hay una conexión entre los testimonios examinados por el Grupo Especial y sus constataciones sobre la totalidad del recorrido de la última fase de la vía para la transmisión de la niebla del peral y del manzano.

226. Como acabamos de observar, el Grupo Especial constató que sería improbable que se produjera la secuencia adicional de acontecimientos necesaria para que se recorriera en su totalidad la vía de transmisión de las manzanas a otras plantas huéspedes.⁴³⁴ La constatación del Grupo Especial

⁴²⁹ *Ibid*, párrafo 8.166, donde se citan los párrafos 241 (Dr. Smith) y 263 (Dr. Geider) del anexo 3 del informe.

⁴³⁰ *Ibid.*, párrafo 8.166.

⁴³¹ *Ibid.*, párrafo 8.167.

⁴³² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 299, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 161.

⁴³³ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 51.

⁴³⁴ *Supra*, párrafo 224, donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 8.171 d).

abarcaba tanto la vía para manzanas maduras asintomáticas como la vía para manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas. A nuestro juicio, el Grupo Especial no incurrió en error al formular esa constatación. Sin embargo, el razonamiento del Grupo Especial tal vez no fue suficientemente explícito, como consecuencia de lo cual el Japón dedujo que el Grupo Especial no había realizado una evaluación objetiva de los hechos concernientes a la totalidad del recorrido de la última fase de la vía que tenía ante sí.

227. Concretamente, podría haber sido útil que el Grupo Especial se hubiera expresado con más precisión sobre el alcance de su análisis fáctico. Recordamos que el Grupo Especial hizo las siguientes constataciones: i) no se ha establecido la infección de manzanas maduras asintomáticas; ii) no se ha establecido con carácter general la presencia de bacterias endofíticas en manzanas maduras asintomáticas; iii) no se excluye, pero se considera extremadamente rara, la presencia de bacterias epifíticas en manzanas maduras asintomáticas; y iv) no se discute la infección o infestación de manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas.⁴³⁵ Esas constataciones implican que el análisis fáctico relativo a la totalidad del recorrido de la última fase de la vía por lo que respecta a las manzanas maduras asintomáticas no tiene por qué incluir la hipótesis de importación de manzanas infectadas en el Japón, ya que, según el Grupo Especial, "no se ha establecido la infección de manzanas maduras asintomáticas".⁴³⁶ En contraste, el análisis fáctico relativo al recorrido en su totalidad de la última fase de la vía por lo que respecta a manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas *sí* tiene que incluir la hipótesis de la importación de manzanas infectadas en el Japón, ya que, a juicio del Grupo Especial, no se discute la infección de manzanas inmaduras.

228. El Grupo Especial también podía haber sido más preciso en lo tocante a las respectivas responsabilidades de las partes para presentar pruebas de un hecho. En relación con la presunción *prima facie* que tenían que acreditar, los Estados Unidos hicieron alegaciones de hecho en el sentido de que la última fase de la vía no se completaría por lo que respecta a las manzanas maduras asintomáticas.⁴³⁷ Con arreglo al principio "la carga de la prueba incumbe a la parte ... que afirma un hecho"⁴³⁸ establecido en *Estados Unidos - Camisas y blusas*, incumbía a los Estados Unidos probar esas alegaciones de hecho. Por su parte, el Japón, en el contexto de sus intentos de refutar los argumentos esgrimidos por los Estados Unidos, formuló alegaciones de hecho relacionadas con la

⁴³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.171.

⁴³⁶ *Ibid.*, párrafo 8.171 a).

⁴³⁷ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 4.82 d) y 4.83.

⁴³⁸ Informe del Órgano de Apelación, página 14, DSR 1997.I, 323, 335.

totalidad del recorrido de la última fase de la vía por lo que respecta a manzanas infectadas.⁴³⁹ Dada la constatación fáctica del Grupo Especial de que es improbable que las manzanas maduras asintomáticas estén infectadas, cabe suponer razonablemente que cualquier manzana infectada exportada al Japón sería una manzana distinta de una manzana madura asintomática. En consecuencia, con arreglo al principio establecido en *Estados Unidos - Camisas y blusas*, incumbiría al Japón, y no a los Estados Unidos, probar esas alegaciones de hecho relacionadas con las manzanas infectadas.

229. Una vez dicho que el Grupo Especial podía haberse expresado con más claridad sobre esos dos aspectos de su razonamiento, disentimos no obstante de la opinión del Japón de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con sus obligaciones en virtud del artículo 11 del ESD al formular una constatación que abarcaba el recorrido en su totalidad de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano por manzanas "infectadas" a pesar de que las pruebas que tenía ante sí "se centraban en" la vía con respecto a las manzanas maduras asintomáticas.

230. El Grupo Especial convino con los Estados Unidos en que, por lo que respecta a las manzanas maduras asintomáticas, era improbable que la última fase de la transmisión de la niebla del peral y del manzano se recorriera en su totalidad.⁴⁴⁰ En apoyo de esa conclusión, el Grupo Especial se remitió a varias pruebas.⁴⁴¹ Los testimonios identificados se centraban en manzanas maduras asintomáticas, por lo que respaldaban la constatación de que era improbable que se recorriera en su totalidad la última fase de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano, en la medida en que esa constatación se refería a las manzanas maduras asintomáticas.

231. Por lo que respecta a las manzanas distintas de las manzanas maduras asintomáticas, el Grupo Especial dio por sentado, correctamente, que incumbía al Japón presentar pruebas de sus alegaciones de hecho, a saber, de que la niebla del peral y del manzano podía transmitirse de una manzana infectada a una planta huésped. Entendemos que el Grupo Especial abordó esas alegaciones de hecho formuladas por el Japón cuando afirmó que "los testimonios presentados por el Japón eran en lo fundamental indiciarios, o fueron considerados poco convincentes por los expertos", y que "el Japón no ha presentado testimonios científicos suficientes en apoyo de su alegación de que se había recorrido o era probable que se recorriera el último paso en la vía".⁴⁴² Entendemos que las

⁴³⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 4.84.

⁴⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.171.

⁴⁴¹ *Ibid.*, párrafo 8.166.

⁴⁴² *Ibid.*, párrafo 8.167.

conclusiones del Grupo Especial abarcan las manzanas infectadas, ya que el Japón formuló alegaciones de hecho y presentó testimonios sobre esas manzanas.⁴⁴³ Por consiguiente, no vemos una falta de conexión entre los testimonios globales que el Grupo Especial examinó y las constataciones que formuló con respecto a la última fase de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano. En consecuencia, opinamos que el Grupo Especial no actuó en forma incompatible con las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD.

C. *Expresiones de prudencia de los expertos*

232. La tercera impugnación del Japón al amparo del artículo 11 del ESD se basa en que supuestamente el Grupo Especial no tuvo debidamente en cuenta el "principio de precaución". El Japón fundamenta esa alegación en que el Grupo Especial no tuvo en cuenta "la necesidad de obrar con prudencia destacada por los expertos" por lo que respecta a la medida fitosanitaria destinada a evitar la entrada de la niebla del peral y del manzano en el Japón.⁴⁴⁴ Basándose en lo que a su juicio representa el reconocimiento por los expertos de que el riesgo de que se causen daños como consecuencia de la introducción de la niebla del peral y del manzano genera una "necesidad general de prudencia", el Japón aduce que el Grupo Especial "debería haber reconocido el riesgo de que se recorriera en su totalidad la vía a partir de manzanas infectadas".⁴⁴⁵

233. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación observó que el "principio de cautela" no tenía aún una "formulación autorizada" fuera del derecho medioambiental internacional⁴⁴⁶, pero que aun así seguía siendo pertinente en el contexto del *Acuerdo MSF*, especialmente como se reconoce en diversas disposiciones de dicho Acuerdo.⁴⁴⁷ Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que el "principio de cautela" no libera a los Miembros de sus obligaciones en el marco de la OMC, y que en consecuencia "no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*".⁴⁴⁸

⁴⁴³ *Ibid.*, párrafo 4.84.

⁴⁴⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 64 y 70.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, párrafos 68 y 69.

⁴⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 123.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 124.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 125.

234. El Japón no aduce que el Grupo Especial debería haber aplicado el "principio de precaución" como principio separado y diferenciado de las disposiciones del *Acuerdo MSF*. Tampoco aduce que el Grupo Especial debería haber empleado ese principio como parte de su análisis interpretativo de las prescripciones del *Acuerdo MSF*. Antes bien, entendemos que el Japón sostiene que el "principio de precaución" era parte integrante de las opiniones de los expertos que aconsejaban prudencia antes de eliminar medidas fitosanitarias que protegían al Japón de la niebla del peral y del manzano, y que en consecuencia "debería haberse dado una mayor importancia [a esa precaución] en la conclusión del Grupo Especial sobre la totalidad del recorrido de la vía".⁴⁴⁹ Por consiguiente, el argumento del Japón se centra exclusivamente en el examen por el Grupo Especial de los testimonios que tenía ante sí.

235. Como cuestión inicial, observamos que el Japón se apoya principalmente en declaraciones de dos expertos y en el hecho de que los otros expertos no expresaron objeciones a esas opiniones.⁴⁵⁰ El primer experto citado por el Japón observó que:

... cuando se modifica el sistema fitosanitario, debe hacerse en condiciones que conserven cierto grado de control sobre lo que ocurre, y no con una única medida que *suprima totalmente los controles*.⁴⁵¹ (sin cursivas en el original)

El segundo experto citado por el Japón observó lo siguiente:

... para decidir *eliminar la mayoría de las restricciones* a la importación de manzanas procedentes de países con niebla del peral y del manzano había que tener presente que la producción de manzanas del Japón era muy compleja y se basaba en la demanda de manzanas de gran calidad, y que la importación de manzanas baratas de baja calidad podía socavar la lucha contra la enfermedad en el país, con independencia del bajo riesgo de que las manzanas propagaran la niebla del peral y del manzano.⁴⁵² (sin cursivas en el original)

236. Las preocupaciones expresadas por esos expertos abordan, por consiguiente, las consecuencias asociadas a la eliminación de *todos* los controles de las importaciones, o *la mayoría de ellos*, combinada con la importación de manzanas de baja calidad. Esas preocupaciones *no* aluden a si podría recorrerse en su totalidad la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano. De hecho,

⁴⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 69.

⁴⁵⁰ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 67 y 68.

⁴⁵¹ *Ibid.*, párrafo 67, donde se cita el anexo 3 del informe del Grupo Especial, párrafo 423 (Dr. Smith).

⁴⁵² Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 67, donde se cita la respuesta escrita del Dr. Geider a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, 10 de diciembre de 2002, página 8. Véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 6.175.

los mismos expertos que el Japón cita para destacar que aconsejaron un enfoque prudente⁴⁵³, el Dr. Ian Smith y el Dr. Klaus Geider, también opinaron ante el Grupo Especial que era improbable que la vía se recorriera en su totalidad.⁴⁵⁴ En consecuencia, es difícil ver cómo la conclusión del Grupo Especial de que sería improbable que se recorriera en su totalidad la última fase de la vía con respecto a las manzanas (tanto "maduras asintomáticas" como otras manzanas) es necesariamente incompatible con la prudencia expresada por los expertos o resulta menoscabada por esas expresiones de prudencia.

237. Además, el propio Grupo Especial hizo referencia a las expresiones de prudencia de los expertos:

... observamos que aunque los testimonios científicos sometidos a nuestra consideración demuestran que es muy improbable que las manzanas sean una vía para la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano en el Japón, sí sugieren que no puede excluirse totalmente algún pequeño riesgo de contaminación ... Ninguno de los expertos ha aceptado sin reservas la idea de eliminar "en un solo paso" todos los controles fitosanitarios, habida cuenta del carácter insular y el clima del Japón.⁴⁵⁵ (se omite la nota al pie de página)

Por tanto, contrariamente a lo afirmado por el Japón, el Grupo Especial "tuvo en cuenta"⁴⁵⁶ expresamente las expresiones de prudencia de los expertos, pero entendió debidamente que esas expresiones se centraban en una cuestión distinta de la probabilidad de que se recorriera en su totalidad la última fase de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas. En consecuencia, el Grupo Especial no incurrió en error cuando declinó "reconocer el riesgo de que se recorriera en su totalidad la vía por manzanas infectadas"⁴⁵⁷ basándose en las expresiones de prudencia de los expertos.

238. En cualquier caso, observamos que el Japón disiente en lo fundamental de la apreciación que el Grupo Especial hace de los testimonios, y en particular de su apreciación de las expresiones de prudencia de los expertos. Como afirma el Japón en su comunicación del apelante, "en la conclusión del Grupo Especial sobre la totalidad del recorrido de la vía *debería haberse atribuido más peso* a la

⁴⁵³ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 67.

⁴⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 6.71 y párrafos 241 (Dr. Smith) y 263 (Dr. Geider) del anexo 3 del informe.

⁴⁵⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.173, donde se citan los párrafos 386, 389, 409, 411, 413-414, 419, 423-424, 426 y 429 del anexo 3 del informe.

⁴⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 70.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 69.

repercusión de esas expresiones de prudencia científica, claramente registradas en el expediente".⁴⁵⁸

En *CE - Sardinas* y en *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación dijo que:

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.⁴⁵⁹

Aunque las facultades discrecionales de un grupo especial están necesariamente delimitadas por su deber de hacer una evaluación objetiva de los hechos, el Japón no ha presentado ningún argumento en el que se impugne la objetividad de la evaluación del Grupo Especial. Por tanto, a nuestro entender, aunque el Grupo Especial no atribuyera todo el peso que el Japón hubiera deseado a las expresiones de prudencia de los expertos por lo que respecta a las modificaciones de la medida fitosanitaria del Japón, el Japón no ha logrado establecer que al hacer tal cosa el Grupo Especial sobrepasó los límites de sus facultades discrecionales para decidir sobre los hechos.

D. *El recorrido total de la vía y el "riesgo teórico"*

239. La última alegación formulada por el Japón al amparo del artículo 11 alude a una incompatibilidad en las constataciones fácticas del Grupo Especial que hace que su análisis de la vía de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas sea incompatible con la obligación de realizar una "evaluación objetiva de los hechos". El Grupo Especial observó que "ninguno de los expertos ha aceptado sin reservas la idea de eliminar "en un solo paso" todos los controles fitosanitarios, habida cuenta del carácter insular y el clima del Japón".⁴⁶⁰ Los Estados Unidos habían aducido que la prudencia de los expertos a este respecto equivalía a un "riesgo teórico", el cual, como observó el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, no se pretendía que fuera objeto de una evaluación del riesgo en el marco del *Acuerdo MSF*.⁴⁶¹ El Grupo Especial se mostró en desacuerdo con los Estados Unidos, afirmando que:

No estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que la prudencia científica de que han dado muestra los expertos debe asimilarse

⁴⁵⁸ *Ibid.* (sin cursivas en el original; se omite la nota al pie de página)

⁴⁵⁹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 300; informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 132.

⁴⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.173, donde se cita el anexo 3 del mismo, y sus párrafos 419, 386, 389, 409, 411, 413-414, 423-424, 426 y 429.

⁴⁶¹ *Ibid.*, párrafo 8.175.

completamente a un "riesgo teórico" en el sentido dado a esas palabras por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*. Por otro lado, no podemos sino observar que el Japón no presentó "testimonios científicos suficientes" en apoyo de su alegación de que la vía podía recorrerse en su totalidad.⁴⁶²

El Japón sostiene que el rechazo del argumento de los Estados Unidos de que la prudencia de los expertos constituía un "'riesgo teórico' implica que el riesgo derivado de manzanas infectadas es *real*, y que la vía podía recorrerse en su totalidad".⁴⁶³ Por tanto, a juicio del Japón, esta constatación implícita es incompatible con la constatación expresa del Grupo Especial de que era improbable que la vía se recorriera en su totalidad a partir de las manzanas.⁴⁶⁴

240. El Grupo Especial formuló la constatación fáctica de que "los testimonios científicos sugieren un riesgo despreciable de posible transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de las manzanas".⁴⁶⁵ Basándose en esa constatación fáctica, el Grupo Especial concluyó que la medida era "claramente desproporcionada con respecto al riesgo identificado"⁴⁶⁶ y, por consiguiente, que la medida se mantenía sin testimonios científicos suficientes. La conclusión del Grupo Especial de que la medida se mantenía sin testimonios científicos suficientes se apoya en la constatación fáctica de "un riesgo despreciable de posible transmisión de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas"⁴⁶⁷; no guarda relación alguna con el rechazo por el Grupo Especial del argumento de los Estados Unidos de que la prudencia de los expertos constituía un "riesgo teórico".

241. Las observaciones del Grupo Especial en respuesta al argumento de los Estados Unidos sobre el "riesgo teórico" deben examinarse en su debido contexto. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación hizo referencia a la noción de "incertidumbre teórica" en el contexto del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Órgano de Apelación indicó que el párrafo 1 del artículo 5 no aborda la incertidumbre teórica, es decir, "la incertidumbre que teóricamente siempre existe puesto que la ciencia no puede *nunca* aportar una certidumbre *absoluta* de que una determinada sustancia no tenga

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 61 (las cursivas figuran en el original), donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 8.175.

⁴⁶⁴ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 60-61.

⁴⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.169.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 8.198.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 8.169.

en *algún caso* efectos perjudiciales para la salud".⁴⁶⁸ Entendemos que la prudencia científica de que los expertos dieron muestra en el presente caso guardaba relación con los riesgos que pudieran derivar de la introducción de cambios radicales en el actual sistema de controles fitosanitarios del Japón, habida cuenta del clima y el carácter insular del Japón.⁴⁶⁹ La prudencia científica de que dieron muestra los expertos no guarda relación con la "incertidumbre teórica" inherente al método científico y que deriva de los límites intrínsecos de los experimentos, metodologías o instrumentos aplicados por los científicos para explicar un fenómeno dado. En consecuencia, convenimos con el Grupo Especial en que la prudencia científica de que dieron muestra los expertos no se debe "asimilar completamente" a la "incertidumbre teórica" analizada por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* en cuanto que va más allá del ámbito de los riesgos a los que han de hacer frente las medidas sujetas al *Acuerdo MSF*. No obstante, contrariamente a lo que entiende el Japón, esa prudencia científica no menoscaba la constatación de que el riesgo de posible transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas es despreciable; de hecho, la prudencia científica de los expertos guarda relación con una cuestión distinta, a saber, la hipótesis de futuros cambios en el entorno reglamentario del Japón.⁴⁷⁰ En consecuencia, disentimos de la opinión del Japón de que el rechazo por el Grupo Especial del argumento de los Estados Unidos sobre el "riesgo teórico" implica que el riesgo derivado de manzanas infectadas es *real*, y que la vía podía recorrerse en su totalidad.⁴⁷¹ A nuestro juicio, el Grupo Especial, al rechazar el argumento de los Estados Unidos sobre el "riesgo teórico", constatando al mismo tiempo que el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano por medio de las manzanas es "despreciable"⁴⁷², no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

⁴⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 186. (las cursivas figuran en el original)

⁴⁶⁹ Encontramos justificación de esta manera de entender la "prudencia científica" en las referencias del Grupo Especial a las opiniones de los expertos sobre la supresión de controles, referencias que preceden inmediatamente a la constatación del Grupo Especial de que la "prudencia científica" de los expertos no puede "asimilarse completamente" a un "riesgo teórico". (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 8.173 y 8.174.) Esas declaraciones de los expertos son, por tanto, las mismas que el Japón destacó en nuestro anterior examen como expresiones de prudencia a las que debería haberse dado mayor peso en el análisis del Grupo Especial. (Véase *supra*, párrafos 235 y 236.)

⁴⁷⁰ No nos pronunciamos sobre los cambios en la medida fitosanitaria del Japón que pudieran ser necesarios para ponerla en conformidad con las obligaciones del Japón en el marco de la OMC, ni aludimos a cualquier otra cuestión relacionada con los medios de aplicación o las posibles resoluciones y recomendaciones del OSD en la presente diferencia.

⁴⁷¹ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 61. (las cursivas figuran en el original)

⁴⁷² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.169.

242. Constatamos, por consiguiente que el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD por lo que respecta a su análisis de la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

XI. Constataciones y conclusiones

243. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación:

- a) constata que el Grupo Especial estaba "facultado" para hacer constataciones y sacar conclusiones con respecto a todas las manzanas procedentes de los Estados Unidos, incluidas las manzanas inmaduras;
- b) confirma las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.199 y 9.1 a) de su informe, de que la medida fitosanitaria en litigio se mantiene "sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*;
- c) confirma las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.222 y 9.1 b) de su informe, de que la medida fitosanitaria del Japón en litigio no se impuso con respecto a una situación en la que "los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes", y de que por tanto no se trata de una medida provisional justificada en virtud del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;
- d) confirma las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.271, 8.285 y 8.290 de su informe, de que el Análisis del Riesgo de Plagas de 1999 efectuado por el Japón no satisface la definición de "evaluación del riesgo" establecida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* porque i) no "evalúa la probabilidad de entrada, radicación o propagación de" la enfermedad de que se trata, y ii) no realiza esa evaluación "según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse". Por consiguiente, el Órgano de Apelación confirma las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 8.291 y 9.1 c) de su informe, de que la medida fitosanitaria del Japón en litigio no "se basa en" una evaluación del riesgo, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;
- e) constata que el Grupo Especial no actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD por lo que respecta a su análisis de la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*; y

- f) constata que la cuestión del cumplimiento por el Grupo Especial de lo dispuesto en el artículo 11 del ESD, por lo que respecta a su análisis de la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, no fue planteada por el Japón en su anuncio de apelación, y por tanto no está debidamente sometida a la consideración del Órgano de Apelación en esta apelación. En consecuencia, el Órgano de Apelación no se pronuncia sobre esta cuestión.

244. Por consiguiente, el Órgano de Apelación recomienda que el Órgano de Solución de Diferencias solicite al Japón que ponga en conformidad con el *Acuerdo MSF* la medida cuya incompatibilidad con las obligaciones contraídas en virtud de dicho Acuerdo se ha constatado en el presente informe y en el informe del Grupo Especial confirmado por el presente informe.

Firmado en el original en Ginebra el 11 de noviembre de 2003 por:

John Lockhart
Presidente de la Sección

Luiz Olavo Baptista
Miembro

Giorgio Sacerdoti
Miembro

ANEXO A

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS245/5
28 de agosto de 2003

(03-4543)

Original: inglés

JAPÓN - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA IMPORTACIÓN DE MANZANAS

Notificación de la apelación del Japón de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación, de fecha 28 de agosto de 2003, enviada por el Japón al Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD"). La presente notificación constituye también el anuncio de apelación, presentado en la misma fecha al Órgano de Apelación, de conformidad con los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*.

De conformidad con el artículo 16 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") y la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, el Japón notifica por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas* (WT/DS245/R, de fecha 15 de julio de 2003) y a determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por dicho Grupo Especial.

El Japón solicita que el Órgano de Apelación examine las conclusiones del Grupo Especial de que la medida fitosanitaria aplicada por el Japón a las manzanas de los Estados Unidos es incompatible con el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ("Acuerdo MSF"). Estas constataciones son erróneas y se basan a su vez en constataciones erróneas con respecto a cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas. La apelación tiene relación con las siguientes cuestiones:

1. El Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que el Japón actuó de manera incompatible con sus obligaciones dimanantes del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF. Esta constatación refleja la interpretación errónea que hizo el Grupo Especial de la norma de la carga de la prueba, y el hecho de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que le fue sometido de conformidad con el artículo 11 del ESD.

2. El Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que la medida fitosanitaria del Japón era incompatible con las prescripciones establecidas en el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Esta constatación se basa en una interpretación errónea de las prescripciones establecidas en el párrafo 7 del artículo 5.
 3. El Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que la medida fitosanitaria del Japón no se basaba en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Esta constatación se basa en una interpretación errónea de las prescripciones relativas a la evaluación del riesgo establecidas en el párrafo 1 del artículo 5.
-