



**COREA - PROHIBICIONES DE IMPORTACIÓN, Y PRESCRIPCIONES EN MATERIA
DE PRUEBAS Y CERTIFICACIÓN RELATIVAS A LOS RADIONÚCLIDOS**

AB-2018-1

Informe del Órgano de Apelación

Addendum

El presente addendum contiene los anexos A a C del informe del Órgano de Apelación distribuido con la signatura WT/DS495/AB/R.

Los anuncios de apelación y de otra apelación así como los resúmenes de las comunicaciones escritas que figuran en el presente addendum se adjuntan tal y como se recibieron de los participantes y terceros participantes. El Órgano de Apelación no ha revisado ni editado su contenido, salvo para reenumerar a partir de 1 los párrafos y las notas que no comenzaban por 1 en el original, y para introducir cambios de formato en los textos a fin de adaptarlos a las normas de estilo de la OMC. Los resúmenes no sustituyen a las comunicaciones de los participantes y terceros participantes en el examen de la apelación por el Órgano de Apelación.

LISTA DE ANEXOS**ANEXO A****ANUNCIOS DE APELACIÓN Y DE OTRA APELACIÓN**

Índice		Página
Anexo A-1	Anuncio de apelación de Corea	4
Anexo A-2	Anuncio de otra apelación del Japón	8

ANEXO B**ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del apelante presentada por Corea	11
Anexo B-2	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante	19
Anexo B-3	Resumen de la comunicación del apelado presentada por el Japón	25
Anexo B-4	Resumen de la comunicación del apelado presentada por Corea	38

ANEXO C**ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES**

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante	42
Anexo C-2	Resumen de la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante	43
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante	46

ANEXO A

ANUNCIOS DE APELACIÓN Y DE OTRA APELACIÓN

Índice		Página
Anexo A-1	Anuncio de apelación de Corea	4
Anexo A-2	Anuncio de otra apelación del Japón	8

ANEXO A-1**ANUNCIO DE APELACIÓN DE COREA***

1. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") y con la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación (WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010) ("Procedimientos de trabajo"), Corea notifica por la presente al Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") su decisión de apelar respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Corea - Prohibiciones de importación, y prescripciones en materia de pruebas y certificación relativas a los radionúclidos* (WT/DS495/R) ("informe del Grupo Especial").
2. De conformidad con la Regla 21 de los Procedimientos de trabajo, Corea presenta este anuncio de apelación a la Secretaría del Órgano de Apelación junto con su comunicación del apelante.
3. De conformidad con el párrafo 2 d) iii) de la Regla 20 de los Procedimientos de trabajo, el presente anuncio de apelación incluye una lista indicativa de los párrafos del informe del Grupo Especial que contienen los supuestos errores, sin perjuicio de la facultad de Corea de basarse en otros párrafos del informe del Grupo Especial en su apelación.
4. Corea solicita que el Órgano de Apelación examine la selección de expertos hecha por el Grupo Especial. En particular, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al seleccionar expertos que tenían un conflicto de intereses respecto del asunto.¹ Corea solicita al Órgano de Apelación que constate que, al consultar a tales expertos, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con los derechos de debido proceso de Corea en virtud del artículo 11 del ESD. Habida cuenta de que el Grupo Especial se apoyó en sus consultas con esos expertos en su evaluación en el marco de los párrafos 7 y 6 del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF², Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de estas disposiciones, incluidas las que figuran en los párrafos 7.96, 7.108, 7.109, 7.111, 7.251-7.256, 7.321, 7.322, 7.349, 7.350, 7.355, 7.359, 7.360, 8.1, 8.2 b-e y 8.3 a-b.
5. Corea solicita que el Órgano de Apelación examine las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. El Grupo Especial incurrió en error al formular constataciones en el marco del párrafo 7 del artículo 5, pese a que esta disposición no estaba comprendida en su mandato.³ Corea solicita al Órgano de Apelación que constate que, al proceder de esta manera, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 6, el artículo 7 y el artículo 11 del ESD.
6. Corea solicita asimismo que el Órgano de Apelación examine la interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial del párrafo 7 del artículo 5. En particular, el Grupo Especial incurrió en error al constatar lo siguiente:
 - La carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 correspondía a Corea.⁴
 - Los testimonios científicos no eran insuficientes para llevar a cabo una evaluación del riesgo respecto a las prohibiciones de importación de productos específicos, la prohibición general de importar y la ampliación de las prescripciones en materia de pruebas adicionales a los productos de la pesca y la ganadería en 2013.⁵

* Este documento, de fecha 9 de abril de 2018, se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS495/8.

¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 1.26, 1.27 y 1.28.

² Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.92, 7.93, 7.167, 7.190, 7.195 e), 7.197, 7.199, 7.203, 7.205, 7.206, 7.208, 7.209, 7.210, 7.216, 7.223, 7.230, 7.236, 7.238, 7.239, 7.243 y 7.315.

³ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.75, 7.93, 7.96, 7.107, 7.108, 7.109, 7.111 y 8.1.

⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafo 7.75.

⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.93, 7.96, 7.108 y 7.111.

- La prohibición general de importar de 2013 y las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2013 no estaban basadas en la información pertinente disponible.⁶
- Corea no revisó las medidas en un plazo razonable.⁷

7. Corea también solicita que el Órgano de Apelación examine el análisis realizado por el Grupo Especial de la cuestión de si las medidas estaban basadas en la información pertinente disponible a la luz del artículo 11 del ESD. La omisión del Grupo Especial de hacer una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD incluye su razonamiento internamente contradictorio en relación con las prohibiciones de productos específicos y la prohibición de importar.⁸

8. En consecuencia, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.75, 7.93, 7.96, 7.100, 7.106-7.112 y 8.1. Los errores del Grupo Especial en la interpretación y aplicación del párrafo 7 del artículo 5 invalidan también las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5. Por consiguiente, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2, que figuran en los párrafos 7.321, 7.322, 7.349, 7.350, 7.355, 7.359, 7.360 y 8.3 a-b, y las que formuló en el marco del párrafo 6 del artículo 5, que figuran en los párrafos 7.251-7.256 y 8.2 b-e.

9. Corea solicita que el Órgano de Apelación examine la interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Corea solicita al Órgano de Apelación que constataste que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación del párrafo 6 del artículo 5.⁹ Los errores del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 incluyen las siguientes constataciones:

- El Japón había establecido que con la medida alternativa propuesta se logra el NADP de Corea por lo que se refiere a la adopción de las prescripciones en materia de pruebas adicionales y las prohibiciones de importación respecto de los 28 productos de la pesca de 2013, con la excepción del bacalao del Pacífico procedente de Fukushima e Ibaraki.¹⁰
- El Japón había establecido que con su medida alternativa se lograría el NADP de Corea por lo que se refiere al mantenimiento de todas las medidas.¹¹

10. En consecuencia, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.251-7.256 y 8.2 b-e de que las medidas de Corea entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria en el sentido del párrafo 6 del artículo 5.

11. Corea también solicita que se examinen las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 porque el Grupo Especial aplicó una norma de examen incorrecta y por lo tanto no realizó una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD. La omisión del Grupo Especial de hacer una evaluación objetiva del asunto incluye la consideración por este de pruebas que no estaban a disposición de las autoridades coreanas en el momento de la adopción de las medidas y la consideración de datos que no existían en el momento en que se estableció el Grupo Especial.¹²

12. En consecuencia, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial relativas a la utilización de tales pruebas y datos, en particular las que figuran en los párrafos 7.5, 7.8, 7.134, 7.142, 7.207, 7.219, 7.226, 7.236 y 7.245. Habida cuenta de que el Grupo Especial se apoyó en tales pruebas y datos en su evaluación en el marco del párrafo 6 del artículo 5, Corea solicita además que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial de

⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.109 y 7.111.

⁷ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.107, 7.110 y 7.111.

⁸ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.98, 7.100, 7.109 y 7.111.

⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.172 y 7.173.

¹⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.251 y 7.253.

¹¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.252 y 7.253.

¹² Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.4-7.6, 7.129, 7.142 y 7.199 y 7.200.

que las MSF de Corea son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, incluidas las que figuran en los párrafos 7.251-7.256 y 8.2 b)-e).¹³

13. Corea solicita que el Órgano de Apelación examine la interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF. El Grupo Especial incurrió en error, entre otras cosas, al constatar lo siguiente:

- Existían condiciones similares en el Japón y en otros Miembros con respecto a la adopción de las prescripciones en materia de pruebas adicionales y la prohibición general de importar de 2013 para los 27 productos de la pesca abarcados por la alegación del Japón y para el bacalao del Pacífico procedente de las prefecturas de Aomori, Chiba, Gunma, Iwate, Miyagi y Tochigi, y existían condiciones similares en el Japón y en otros Miembros para todos los productos alimenticios, incluidos los 28 productos de la pesca, por lo que respecta al mantenimiento de las medidas de Corea.¹⁴
- La prohibición de importar y las prescripciones en materia de pruebas adicionales discriminan de manera arbitraria o injustificable.¹⁵
- Las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2013 y la prohibición general de importar con respecto a los 27 productos de la pesca objeto de la alegación del Japón procedentes de las ocho prefecturas y al bacalao del Pacífico procedente de seis prefecturas, es decir, excluido el bacalao del Pacífico procedente de Fukushima e Ibaraki, eran incompatibles con la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF cuando Corea las adoptó y, al mantener las prohibiciones de productos específicos y la prohibición general de importar respecto de los 28 productos de la pesca procedentes de las ocho prefecturas y las prescripciones en materia de pruebas adicionales de 2011 y 2013 respecto de los productos japoneses, Corea actuó de manera incompatible con la primera frase del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF.¹⁶
- Las medidas de Corea constituyen restricciones encubiertas del comercio internacional y por lo tanto infringen la segunda frase del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF.¹⁷

14. Corea solicita además que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva del asunto y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al considerar pruebas y datos que no estaban a disposición del organismo de reglamentación de Corea cuando se adoptaron las medidas y pruebas y datos posteriores al establecimiento del Grupo Especial. Dado que la constatación del Grupo Especial de que existían condiciones similares se basó en esas pruebas y datos, Corea solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial relativas a la utilización de tales pruebas y datos, en particular las que figuran en los párrafos 7.5, 7.8, 7.134, 7.142, 7.307-7.308, 7.311, 7.315, 7.319, así como las constataciones definitivas de incompatibilidad con el párrafo 3 del artículo 2, que figuran en los párrafos 7.321, 7.322, 7.355, 7.360 y 8.3 a) y b).¹⁸

15. En consecuencia, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.276, 7.283, 7.321, 7.322, 7.349, 7.350, 7.355, 7.359, 7.360 y 8.3 a-b, de que las medidas de Corea son incompatibles con el párrafo 3 del artículo 2.

16. Corea solicita que el Órgano de Apelación examine la interpretación y aplicación que hizo el Grupo Especial del artículo 7 y de los párrafos 1 y 3 del Anexo B del Acuerdo MSF. El Grupo Especial incurrió en error, entre otras cosas, al constatar lo siguiente:

- El párrafo 1 del Anexo B exige que el contenido de la reglamentación se publique y que esta publicación se haga de modo que incluya contenido suficiente para que el Miembro

¹³ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.199, 7.200, 7.207, 7.219, 7.222, 7.223, 7.225, 7.226 y 7.235, 7.251-7.256 y 8.2 b)-e).

¹⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.321 y 7.322.

¹⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.349, 7.350, 7.355, 7.360 y 8.3 a) y b).

¹⁶ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.360 y 8.3 a) y b).

¹⁷ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.359, 7.360 y 8.3 a) y b).

¹⁸ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.5, 7.8, 7.134, 7.142, 7.307, 7.308, 7.311, 7.315, 7.319, 7.321, 7.322, 7.360 y 8.3 a) y b).

importador conozca las condiciones, con inclusión de los principios y métodos específicos, que se aplican a sus productos.¹⁹

- Corea no había publicado el contenido completo de la prohibición general de importar y las prescripciones en materia de pruebas adicionales.²⁰
- Los comunicados de prensa de 2011 y 2013 mediante los que se anunciaron las prescripciones en materia de pruebas no incluían un contenido que fuese suficiente para que un Miembro interesado conociera las condiciones que se aplicarían a sus productos.²¹
- Corea no publicó las medidas de manera que el Japón pudiera conocer el contenido de las medidas impugnadas.²²
- Corea actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del Anexo B y, por consecuencia, con el artículo 7 del Acuerdo MSF, con respecto a la publicación de todas las medidas impugnadas.²³
- La falta de respuesta del Servicio de información sobre MSF de Corea a la petición complementaria del Japón junto con su omisión anterior de establecer una relación entre las respuestas y los documentos facilitados y su pertinencia para las peticiones que el Japón había formulado, es suficiente para establecer que Corea actuó de manera incompatible con el párrafo 3 del Anexo B y, por consecuencia, con el artículo 7 del Acuerdo MSF.²⁴

17. Además, Corea solicita que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD, y por lo tanto actuó de manera incompatible con dicho artículo, al censurar a Corea por no haber facilitado versiones archivadas de los enlaces de las páginas web.²⁵ Por consiguiente, Corea solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.474-7.476, 7.485-7.487, 7.497-7.502 y 8.5 a).

18. En consecuencia, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial que figuran en los párrafos 7.464, 7.474-7.476, 7.483, 7.485-7.487, 7.492, 7.496-7.502, 7.509, 7.518, 7.519 y 8.5 de que Corea no publicó las medidas de manera compatible con el artículo 7 y el párrafo 1 del Anexo B y de que Corea incumplió el artículo 7 y el párrafo 3 del Anexo B.

¹⁹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.461 y 7.464.

²⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.483, 7.487, 7.492 y 7.496.

²¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.500 y 7.501.

²² Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.474, 7.476, 7.485, 7.487, 7.497, 7.500 y 7.501.

²³ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.474, 7.476, 7.487, 7.499-7.502 y 8.5 a).

²⁴ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.518, 7.519 y 8.5 b).

²⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.474, 7.485 y 7.497.

ANEXO A-2**ANUNCIO DE OTRA APELACIÓN DEL JAPÓN***

De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el párrafo 1 del artículo 17 del ESD, el Japón notifica por la presente al Órgano de Solución de Diferencias su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Corea - Prohibiciones de importación, y prescripciones en materia de pruebas y certificación relativas a los radionúclidos* (WT/DS495) y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial en esta diferencia. De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, el Japón presenta simultáneamente este anuncio de otra apelación ante la Secretaría del Órgano de Apelación.

De conformidad con el párrafo 2 c) ii) C) de la Regla 23 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, el presente anuncio de apelación incluye una lista indicativa de los párrafos del informe del Grupo Especial que contienen los supuestos errores, sin perjuicio de la facultad del Japón de referirse a otros párrafos del informe del Grupo Especial en el contexto de esta apelación.

Por los motivos que expondrá con mayor detalle en sus comunicaciones al Órgano de Apelación, el Japón apela, y solicita al Órgano de Apelación que revoque, modifique o declare superfluas y sin efectos jurídicos, las constataciones, conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial con respecto a los siguientes errores de derecho e interpretaciones jurídicas que contiene el informe del Grupo Especial:

1. El Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación de los párrafos 3, 4 y 7 del artículo 3 y el artículo 11 del ESD, al no tener en cuenta pruebas presentadas oportunamente relativas a la situación existente después de la fecha del establecimiento del Grupo Especial, cuando evaluó si el Japón había acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de pruebas adicionales y las prohibiciones de importación de Corea se mantenían de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.¹
2. El Grupo Especial incurrió en error en la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, al no tener en cuenta pruebas presentadas oportunamente relativas a la situación existente después de la fecha del establecimiento del Grupo Especial, cuando evaluó si el Japón había acreditado *prima facie* que las prescripciones en materia de pruebas adicionales y las prohibiciones de importación de Corea se mantenían de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.²
3. En caso de que el Órgano de Apelación, como resultado de su examen de los motivos de la apelación indicados en los párrafos 1 y 2, estime que los errores en que incurrió el Grupo Especial al definir el ámbito temporal de su evaluación de la acreditación *prima facie* del Japón vician las constataciones definitivas del Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Japón solicita que el Órgano de Apelación complete el análisis y constate que, a la luz de todas las pruebas presentadas oportunamente, incluidas las relativas a la situación existente después de la fecha del establecimiento del Grupo Especial, las prescripciones en materia de pruebas adicionales y las prohibiciones de importación de Corea se mantienen de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.³
4. El Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación del párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF, cuando enunció las condiciones en las que se podía presumir que los productos nacionales y los importados eran "similares" en el sentido del párrafo 1 a) del Anexo C⁴; cuando constató que la similitud no se podía presumir a los efectos de la alegación formulada por el Japón

* Este documento, de fecha 16 de abril de 2018, se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS495/9.

¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.134-7.143.

² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.134-7.143.

³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.113-7.256, 7.257-7.360, 8.2 b), c) y e), y 8.3 b).

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.394-7.403.

al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C⁵; y cuando constató, en consecuencia, que el Japón no había establecido que Corea hubiese actuado de manera incompatible con el párrafo 1 a) del Anexo C y, en consecuencia, con el artículo 8 del Acuerdo MSF.⁶

⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.394-7.403.

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.409, 7.447 y 8.4.

ANEXO B

ARGUMENTOS DE LOS PARTICIPANTES

Índice		Página
Anexo B-1	Resumen de la comunicación del apelante presentada por Corea	11
Anexo B-2	Resumen de la comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante	19
Anexo B-3	Resumen de la comunicación del apelado presentada por el Japón	25
Anexo B-4	Resumen de la comunicación del apelado presentada por Corea	38

ANEXO B-1**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELANTE PRESENTADA POR COREA**

1. Corea apela respecto del informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Corea - Prohibiciones de importación, y prescripciones en materia de pruebas y certificación relativas a los radionúclidos*.¹ El Grupo Especial incurrió en graves errores de derecho e interpretación jurídica, y no hizo una evaluación objetiva del asunto, al constatar que las medidas de Corea son incompatibles con el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias ("Acuerdo MSF").

A. LA SELECCIÓN DE EXPERTOS HECHA POR EL GRUPO ESPECIAL ERA INCOMPATIBLE CON LOS DERECHOS DE DEBIDO PROCESO DE COREA

2. Corea apela en primer lugar contra la selección de expertos hecha por el Grupo Especial. Corea cuestionó la imparcialidad e independencia de dos de los expertos a los que consultó el Grupo Especial. A pesar de que Corea planteó esas preocupaciones, el Grupo Especial consultó a estos expertos durante las actuaciones y, por lo tanto, actuó en infracción de los derechos de debido proceso de Corea.

3. La Dra. Patsy Thompson había escrito artículos en los que presentaba su propia evaluación del riesgo que suponía el accidente de la Planta de Energía Nuclear de Fukushima Dai-ichi ("FDNPP"). Esto suscitó graves preocupaciones con respecto a si la doctora podría ofrecer un asesoramiento justo e imparcial al Grupo Especial. Las declaraciones de la Dra. Thompson ponían de manifiesto su sesgo inherente y su inclinación a "prejujgar" las posiciones de las partes en la diferencia.² El Dr. Lynn Anspaugh participó en la preparación del informe elaborado por el Comité Científico de las Naciones Unidas sobre los Efectos de la Radiación Atómica ("UNSCEAR") en relación con el accidente de la FDNPP, expresamente citado por el Japón para respaldar su afirmación de que en los testimonios científicos no había ninguna insuficiencia que justificara la discriminación contra los productos alimenticios japoneses o que hiciera necesarias las restricciones comerciales impuestas a esos productos.³ De hecho, se pidió al Dr. Anspaugh que revisara sus propios trabajos y comparara su evaluación con la de Corea. El Dr. Anspaugh también ayudó a elaborar informes financiados por el Gobierno del Japón en los que se abordaban preocupaciones relacionadas con los efectos de la radiación.

4. La norma establecida en el párrafo 2 de la sección VI de las Normas de Conducta es estricta. De acuerdo con las preocupaciones planteadas por Corea, el Grupo Especial debería haber concluido que la Dra. Thompson y el Dr. Anspaugh no eran "independientes e imparciales", y que tenían "conflicto[s] de intereses directo[s] o indirecto[s]". Al consultar a estos expertos, el Grupo Especial vulneró gravemente los derechos de debido proceso de Corea. Por consiguiente, Corea solicita al Órgano de Apelación que constate que, al consultar a tales expertos, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD. Habida cuenta de que el Grupo Especial se apoyó en sus consultas con esos expertos en su evaluación en el marco de los párrafos 7 y 6 del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de estas disposiciones.

B. LOS ERRORES DEL GRUPO ESPECIAL EN RELACIÓN CON EL PÁRRAFO 7 DEL ARTÍCULO 5 DEL ACUERDO MSF

5. El Grupo Especial incurrió en error en el marco del párrafo 7 del artículo 5 en varios aspectos. En primer lugar, el Grupo Especial incurrió en error al formular constataciones en el marco del párrafo 7 del artículo 5 cuando esta disposición no estaba comprendida en el mandato del Grupo Especial. El Japón no planteó ninguna alegación al amparo del párrafo 7 del artículo 5. Sin embargo, el Grupo Especial procedió a formular constataciones acerca de si las medidas adoptadas por Corea

¹ Informe del Grupo Especial, *Corea - Radionúclidos (Japón)* ("informe del Grupo Especial").

² Carta de Corea al Grupo Especial, de 13 de junio de 2016.

³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.82.

satisfacen cada uno de los requisitos del párrafo 7 del artículo 5.⁴ Al formular constataciones sobre alegaciones que no estaban comprendidas en su mandato, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el párrafo 2 del artículo 6 y los artículos 7 y 11 del ESD y, por lo tanto, el Órgano de Apelación debería revocar esas constataciones.⁵

6. En segundo lugar, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 recaía en Corea.⁶ El párrafo 7 del artículo 5 establece un derecho autónomo y, por lo tanto, correspondía al Japón establecer una presunción *prima facie* inicial de incompatibilidad con esa disposición.⁷ El Grupo Especial llegó a su conclusión basándose en una lectura errónea de asuntos anteriores planteados en el marco del párrafo 2 del artículo 2, que permite explícitamente al demandado invocar el párrafo 7 del artículo 5 como una excepción. Corea no invocó el párrafo 7 del artículo 5 como una excepción al párrafo 2 del artículo 2, y nunca sostuvo que sus medidas quedaran excluidas del párrafo 3 del artículo 2 o del párrafo 6 del artículo 5 por la aplicación del párrafo 7 del artículo 5. El enfoque del Grupo Especial tampoco era imparcial, habida cuenta de que al Grupo Especial le preocupaba principalmente toda repercusión en la parte reclamante y partió indebidamente del supuesto de que la parte demandada no está actuando de buena fe. Además, el Grupo Especial incurrió en error al caracterizar la cuestión jurídica de si los testimonios científicos eran insuficientes para llevar a cabo una evaluación objetiva del riesgo como una "premisa fáctica".⁸ Habida cuenta de que las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 5 se basaban en una asignación incorrecta de la carga de la prueba, se deberían revocar esas constataciones. De aceptarse el enfoque del Grupo Especial convertiría el párrafo 7 del artículo 5 en una excepción.

7. En tercer lugar, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los testimonios científicos no eran insuficientes para llevar a cabo una evaluación del riesgo con respecto a las medidas impuestas en 2013.⁹ Corea identificó ante el Grupo Especial diversos factores respecto de los cuales los testimonios científicos eran insuficientes.¹⁰ Las constataciones formuladas por el Grupo Especial confirman que había deficiencias sustanciales en la información con respecto a estos factores.¹¹ Además, el expediente del Grupo Especial confirma que las condiciones ambientales y ecológicas mencionadas por Corea eran pertinentes para la capacidad del regulador de llevar a cabo una evaluación del riesgo.¹²

8. El párrafo 1 del artículo 5 se refiere a una evaluación del riesgo "adecuada a las circunstancias". El párrafo 2 del artículo 5 menciona "las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes" como un factor que se ha de tener en cuenta en la evaluación de los riesgos. El Grupo Especial, al no tener debidamente en cuenta las deficiencias relacionadas con los factores ecológicos y ambientales, adoptó un enfoque demasiado restringido para una evaluación de los riesgos, lo que está en contradicción con las orientaciones del Órgano de Apelación.¹³ Además, al restar importancia a las fugas que seguían produciéndose o a las posibles fugas, el Grupo Especial negó en la práctica la posibilidad de que los Miembros adoptaran medidas preventivas.¹⁴ Por estas razones, así como debido a la evaluación intrínsecamente contradictoria del Grupo Especial respecto de determinadas cuestiones fácticas¹⁵, y al hecho de que este no tuvo en cuenta las limitaciones de la información sobre el estado de la FDNPP¹⁶, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que los testimonios científicos no eran insuficientes para llevar a cabo una evaluación del riesgo con respecto a las medidas adoptadas en 2013.

⁴ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.111, 7.112 y 8.1.

⁵ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 173.

⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.75.

⁷ Véase *CE - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.3000-7.3002.

⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.75.

⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.96.

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.80.

¹¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 2.46, 2.47, 2.52, 2.57, 2.59 y 2.62.

¹² Transcripción de la reunión con los expertos, párrafos 1.5, 3.34 y 4.135.

¹³ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 527.

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.95.

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 2.63, 2.64, y 7.90 y 7.91.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.95.

9. En cuarto lugar, el Grupo Especial interpretó y aplicó incorrectamente la prescripción de que las MSF provisionales se adopten "sobre la base de la información pertinente de que disponga [el Miembro]". El párrafo 7 del artículo 5 exige que haya "una relación racional y objetiva entre la información referente a determinado riesgo y la medida sanitaria o fitosanitaria provisional que adopte el Miembro".¹⁷ El Grupo Especial adoptó un criterio incorrecto que exigía mencionar expresamente la "información pertinente de que disponga [el Miembro]" en la MSF impugnada.¹⁸ Este criterio demasiado restringido es incompatible con el texto inequívoco del párrafo 7 del artículo 5 y con la manera en que el Órgano de Apelación entiende esta disposición. No hay ninguna prescripción en el texto del párrafo 7 del artículo 5 de que "la información pertinente de que disponga [el Miembro]" se identifique expresamente en la MSF adoptada por el Miembro que reglamenta o de que la indagación acerca de la existencia de una relación racional y objetiva se limite a la información sobre determinados riesgos expresamente mencionada en la propia MSF. Habida cuenta de que el Grupo Especial llegó a su constatación basándose en este criterio incorrecto, Corea solicita respetuosamente que el Órgano de Apelación revoque la constatación formulada por el Grupo Especial de que Corea no ha demostrado que la prohibición general de importar de 2013 o las prescripciones en materia de pruebas de 2013 se adoptaran sobre la base de la información pertinente disponible.

10. Además, el Grupo Especial incurrió en error al simplificar en exceso los requisitos de la norma CODEX STAN 193-1995, e imponer básicamente a los Miembros la obligación de basar sus MSF en la norma internacional pertinente.¹⁹ Si se aceptara el enfoque del Grupo Especial, se impediría a los Miembros adoptar prohibiciones temporales de las importaciones en situaciones de emergencia cuando exista una norma internacional. El Grupo Especial tampoco hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD debido a un razonamiento internamente contradictorio en relación con las prohibiciones de productos específicos y la prohibición de importar.²⁰

11. Por último, el Grupo Especial aplicó una prueba incorrecta e incurrió en error al constatar que las MSF adoptadas por Corea no se revisaron en un plazo razonable.²¹ El Grupo Especial hizo caso omiso del criterio establecido por el Órgano de Apelación de que lo que se entiende por "plazo razonable" es preciso determinarlo caso por caso y está en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria para el examen y las características de la MSF provisional.²² En lugar de ello, el Grupo Especial se basó en una interpretación incorrecta hecha por un grupo especial anterior²³, según la cual "un plazo razonable significaría lo más rápidamente que sea jurídicamente posible aunque aceptando motivos legítimos para la demora".²⁴ El Grupo Especial no dio ninguna explicación de por qué estaba facultado para hacer caso omiso del criterio formulado por el Órgano de Apelación. En consecuencia, el Grupo Especial no evaluó debidamente las circunstancias concretas del caso y, por lo tanto, incurrió en error en su análisis. Por estas razones, Corea solicita respetuosamente que el Órgano de Apelación revoque la constatación formulada por el Grupo Especial de que Corea no revisó las medidas en un plazo razonable.²⁵

12. Por estos motivos, Corea solicita al Órgano de Apelación que constate que el párrafo 7 del artículo 5 no estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial. Corea solicita asimismo al Órgano de Apelación que revoque todas las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 5.

¹⁷ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 678.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.100.

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.98 y 7.100.

²⁰ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.98, 7.100, 7.109 y 7.111.

²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.107.

²² Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 93.

²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.102.

²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.102 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Animales*, párrafo 7.301).

²⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.107, 7.110, 7.111 y 8.1.

C. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR AL CONSTATAR QUE LAS MEDIDAS DE COREA ENTRAÑABAN UN GRADO DE RESTRICCIÓN DEL COMERCIO MAYOR DEL REQUERIDO EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 5

13. El Grupo Especial incurrió en error al constatar, en el marco del párrafo 6 del artículo 5, que las medidas de Corea entrañan un grado de restricción del comercio mayor del requerido. El Grupo Especial aplicó un NADP incorrecto en su evaluación y, como consecuencia de ello, incurrió en error al constatar que la medida alternativa propuesta por el Japón lograría el NADP de Corea.

14. En un principio el Grupo Especial identificó correctamente el NADP de Corea, que consistía en: 1) el mantenimiento de los niveles de radiactividad en niveles existentes en el medio ambiente normal; 2) el mantenimiento de unos niveles de contaminación radiactiva en los alimentos "tan bajos como razonablemente puedan alcanzarse"; y 3) el mantenimiento de unos niveles de contaminación radiactiva en los alimentos tan bajos como razonablemente puedan alcanzarse, por debajo del límite de dosis de radiación de 1 mSv/año.²⁶ Inicialmente, el Grupo Especial también llegó correctamente a la conclusión de que el NADP de Corea no está cuantificado en 1 mSv/año.²⁷ Sin embargo, en su evaluación, el Grupo Especial aplicó erróneamente un criterio cuantitativo de 1 mSv/año.²⁸ El Grupo Especial consideró que "si el Japón puede demostrar que con la medida alternativa que propone se puede lograr un NADP inferior a 1 mSv/año habrá satisfecho la carga que le impone el segundo elemento del párrafo 6 del artículo 5".²⁹ La evaluación realizada por el Grupo Especial era fundamentalmente errónea, dado que un examen de si una medida alcanza un umbral de 1 mSv/año no constituye un examen de si con esa medida se logra el NADP de Corea.

15. Los Miembros no están obligados a adoptar un NADP cuantitativo.³⁰ Sin embargo, el Grupo Especial constató incorrectamente que "si un Miembro aplica una determinada medida con un límite cuantitativo expreso de contaminantes, eso es un indicador de que los productos que contengan niveles de contaminantes inferiores a ese límite satisfarán su NADP".³¹ La afirmación del Grupo Especial demuestra que fue incapaz de aplicar un NADP cualitativo. Si el Grupo Especial necesitaba un indicador práctico en el que basar su determinación, se podía haber basado en el enfoque ALARA adoptado por la norma CODEX STAN 193-1995 y presentado por Corea.³² Sin embargo, el Grupo Especial ignoró completamente este enfoque y en cambio se basó en un enfoque cuantitativo incorrecto. Habida cuenta de que el análisis del Grupo Especial se basa en un criterio incorrecto, la conclusión del Grupo Especial de que la medida alternativa que propone el Japón logra el NADP de Corea es igualmente incorrecta. En consecuencia, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial de que las medidas de Corea entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido en el sentido del párrafo 6 del artículo 5.

16. Además, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al aplicar una norma de examen incorrecta. El Grupo Especial tomó en consideración pruebas presentadas por el Japón que no estaban a disposición de las autoridades coreanas en el momento de la adopción de las medidas. El Grupo Especial también tomó en consideración datos que no existían en el momento en que se estableció el Grupo Especial.

17. Un Grupo Especial no debe examinar pruebas que no existían en el momento en que el regulador formula su determinación, porque no puede reprocharse a un regulador que no haya tenido en cuenta lo que no podía haber conocido cuando formuló su determinación.³³ Además, una vez tales mediciones y análisis estén disponibles, el regulador debe tener la oportunidad de examinar y evaluar esos análisis.³⁴

18. En consecuencia, el Grupo Especial no debería haber examinado pruebas que no estaban a disposición de las autoridades coreanas en el momento de la adopción de las medidas. Además, el

²⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.171 y 7.172.

²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.247.

²⁸ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.173.

²⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.173.

³⁰ Informe del Grupo Especial, *India - Productos agropecuarios*, párrafo 7.562.

³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.172.

³² Véase la declaración inicial de Corea en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial, párrafos 76-80.

³³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Hilados de algodón*, párrafo 78.

³⁴ Véase el informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafo 7.705, y el informe del Órgano de Apelación, *Rusia - Porcinos (UE)*, párrafo 5.80.

Grupo Especial tenía que evaluar si el Japón había establecido que existía una infracción en la fecha de establecimiento del Grupo Especial. Las mediciones efectuadas después de esa fecha, y todo análisis basado en esas mediciones, no permiten demostrar que la infracción del párrafo 6 del artículo 5 se hubiera materializado en el momento en que se estableció el Grupo Especial.³⁵ Lo menos que cabe decir es que el Grupo Especial debería haber limitado el alcance de su evaluación a las pruebas que se referían al período anterior a su establecimiento. Además, el Grupo Especial no debería haber tenido en cuenta las conclusiones formuladas sobre la base de información posterior o anterior a su establecimiento.³⁶

19. Sin embargo, el Grupo Especial consideró erróneamente que podía aceptar cualquier prueba.³⁷ En consecuencia, tomó en consideración pruebas que no existían cuando se adoptaron las medidas.³⁸ Al tomar en consideración esas pruebas, el Grupo Especial realizó un examen *de novo* y se excedió en el mandato que le confería el artículo 11 del ESD. Más aún, en su evaluación el Grupo Especial acabó examinando pruebas que contenían datos posteriores a la fecha de su establecimiento.³⁹ Corea solicita que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 al tomar en consideración tales pruebas y datos. Habida cuenta de que el Grupo Especial se apoyó en tales pruebas y datos en su evaluación en el marco del párrafo 6 del artículo 5, Corea solicita además que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial de que las MSF de Corea son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

D. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR AL CONSTATAR QUE LAS MEDIDAS DE COREA DISCRIMINAN DE MANERA ARBITRARIA O INJUSTIFICABLE ENTRE MIEMBROS EN QUE PREVALECN CONDICIONES SIMILARES EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 2

20. El Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 3 del artículo 2. En primer lugar, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de las "condiciones pertinentes" en el marco del párrafo 3 del artículo 2. El texto y el contexto del párrafo 3 del artículo 2 indican que debe entenderse que la palabra "condiciones" engloba cualquier condición que pueda ser "pertinente" teniendo en cuenta la naturaleza de la medida en litigio y las circunstancias particulares del asunto, así como los objetivos de política de la medida. En este asunto, las condiciones pertinentes incluyen las condiciones ambientales y ecológicas existentes en el Japón y el estado de la FDNPP. Las condiciones ecológicas y el estado de la FDNPP formaban parte de las circunstancias particulares del asunto y, por lo tanto, informan adecuadamente la determinación de las condiciones pertinentes.⁴⁰ Del mismo modo, las insuficiencias de la información sobre las condiciones ecológicas existentes en el Japón, así como sobre el estado de la FDNPP, formaban parte de las condiciones pertinentes.

21. Sin embargo, el Grupo Especial aplicó un criterio demasiado restringido y se centró solamente en el riesgo presente en los productos considerado como la condición pertinente.⁴¹ Aunque el nivel de contaminación de los productos puede ser pertinente a la luz del objetivo reglamentario, el Grupo Especial no explicó por qué debería ser la norma definitoria ni por qué todas las demás circunstancias o factores son irrelevantes para definir las condiciones pertinentes en la presente diferencia. Más allá de proporcionar estimaciones de la liberación de algunos de los radionúclidos, el Grupo Especial no trató de evaluar los niveles de los radionúclidos que fueron liberados por la FDNPP durante el accidente y después de este. Y, más allá de la afirmación de carácter muy general de que se habría producido cierta dispersión⁴², el Grupo Especial no procedió a una evaluación de la dispersión de los radionúclidos liberados durante el accidente de la FDNPP y después de este. El Grupo Especial no evaluó las distintas formas en que los radionúclidos liberados en el medio ambiente pueden contaminar los productos de la agricultura y la ganadería así como a los peces y otras especies marinas en el contexto de la FDNPP. Y, lo que es más importante, la evaluación del Grupo Especial no tuvo en cuenta la continua emisión de contaminación por radionúclidos desde la FDNPP, que

³⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.130.

³⁶ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Animales*, párrafo 7.447.

³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.5.

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Hilados de algodón*, párrafo 78.

³⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.129 y 7.199-7.200.

⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.299.

⁴¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.276.

⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.291.

formaba parte de las condiciones pertinentes que prevalecen en el Japón.⁴³ Por lo tanto, el Grupo Especial no tuvo en cuenta el carácter de las medidas ni las circunstancias particulares del asunto, al centrarse casi exclusivamente en los datos relativos a las pruebas de productos. Habida cuenta de que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación y aplicación de las "condiciones [] similares" en el marco del párrafo 3 del artículo 2, el Órgano de Apelación debe revocar todas las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de esa disposición.

22. En segundo lugar, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas adoptadas por Corea discriminan de manera arbitraria o injustificable en el contexto de la primera oración del párrafo 3 del artículo 2. El expediente demuestra que las medidas de Corea se adaptan debidamente en función de las diferencias en los riesgos pertinentes que existen dentro y fuera del territorio del Japón. Mientras que Corea y el resto del mundo están expuestos a la contaminación preexistente, el territorio del Japón y el mar que lo rodea están directamente expuestos a la contaminación procedente de la FDNPP, además de a la contaminación preexistente.⁴⁴ El propio Grupo Especial constató que determinadas diferencias en los niveles absolutos de concentración de cesio entre los productos alimenticios japoneses y no japoneses pueden justificar cierto nivel de discriminación.⁴⁵

23. El Grupo Especial incurrió en un error fundamental en el trato dado a la contaminación de fondo, y al descartar la pertinencia del informe del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Hormonas*.⁴⁶ Incluso la norma CODEX STAN 193-1995 en la que se basó el Grupo Especial en su constatación errónea reconoce la distinción hecha entre la contaminación por radionúclidos adicionales y la contaminación por radionúclidos que había previamente, y permite una intervención reguladora sobre la base de esta distinción.⁴⁷ Esto confirma que toda distinción establecida por Corea entre los alimentos contaminados con los radionúclidos adicionales liberados por la FDNPP y los alimentos contaminados con los radionúclidos preexistentes no constituye una discriminación arbitraria o injustificable.

24. El Grupo Especial debería haber analizado la causa o el fundamento de la discriminación a fin de determinar si las razones de esa discriminación no tenían ninguna conexión racional con el objetivo de la medida o iban en contra de ese objetivo.⁴⁸ Sin embargo, el Grupo Especial aplicó una norma incorrecta y exigió que la medida estuviera relacionada exclusivamente con su objetivo normativo.⁴⁹ El Grupo Especial no reconoció que puede haber una conexión racional entre las razones de la discriminación y el objetivo de la medida, incluso en el caso de que una medida persiga varios objetivos. El Grupo Especial también incurrió en error al desestimar determinadas pruebas presentadas por Corea en relación con la falsificación de certificados de origen en el Japón, por considerar que Corea no había demostrado la existencia de un fallo sistémico en el control y la certificación japoneses de los productos alimenticios.⁵⁰ Las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que la prohibición de importar y las prescripciones en materia de pruebas adicionales discriminan de manera arbitraria o injustificable se basan, por lo tanto, en una interpretación y aplicación erróneas del párrafo 3 del artículo 2. En consecuencia, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que las medidas adoptadas por ella discriminan de manera arbitraria o injustificable.

25. El Grupo Especial también incurrió en error al basarse en sus constataciones erróneas en el marco de los párrafos 6 y 7 del artículo 5 en su conclusión de que las medidas adoptadas por Corea discriminan de manera arbitraria o injustificable en el contexto del párrafo 3 del artículo 2.⁵¹ En consecuencia, la revocación de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de los párrafos 6 y 7 del artículo 5 también debe dar lugar a la revocación de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2.

26. En tercer lugar, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas adoptadas por Corea constituyen restricciones encubiertas del comercio internacional. La constatación formulada por el Grupo Especial de restricción encubierta se basa exclusivamente en la constatación

⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.87 y 7.320.

⁴⁴ Primera comunicación escrita de Corea, párrafo 190.

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.351.

⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.335.

⁴⁷ Prueba documental JPN-32.

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 227.

⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.344, 7.353 y 7.354.

⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.346.

⁵¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.341, 7.343, 7.352 y 7.354.

anterior del Grupo Especial de que las medidas de Corea son incompatibles con la primera oración del párrafo 3 del artículo 2.⁵² Sin embargo, las oraciones primera y segunda del párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF establecen obligaciones separadas y distintas. El Órgano de Apelación ha indicado que se podrían considerar factores similares al evaluar si una medida fue aplicada de un modo que constituía una restricción encubierta.⁵³ Sin embargo, el Grupo Especial no evaluó en qué medida estas orientaciones brindadas por el Órgano de Apelación en el marco del artículo XX del GATT de 1994 eran aplicables al párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF. Además, contrariamente a la lectura errónea que el Grupo Especial hizo del informe⁵⁴, la constatación formulada por el Órgano de Apelación no da a entender que un grupo especial pueda prescindir por completo de la evaluación de si una medida constituye una restricción encubierta.⁵⁵ Una constatación en el marco de la primera oración es insuficiente, sin más elementos, para respaldar una constatación de infracción de la segunda oración. En consecuencia, Corea solicita que el Órgano de Apelación revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial de que las medidas de Corea constituyen restricciones encubiertas del comercio internacional.

27. El Grupo Especial también aplicó una norma de examen incorrecta y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al considerar pruebas que no estaban a disposición del organismo de reglamentación de Corea cuando se adoptaron las medidas, así como datos posteriores al establecimiento del Grupo Especial. Los errores en que incurrió el Grupo Especial son similares a los descritos *supra* en el contexto del párrafo 6 del artículo 5. Por consiguiente, Corea solicita que el Órgano de Apelación constate que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto y actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD. Dado que la constatación del Grupo Especial de que existían condiciones similares se basó en esas pruebas y datos, Corea solicita al Órgano de Apelación que revoque esta constatación, así como las constataciones definitivas de incompatibilidad con el párrafo 3 del artículo 2.

E. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR EN SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 7 Y DEL ANEXO B

28. Corea apela la constatación del Grupo Especial de que actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del Anexo B y el artículo 7 con respecto a la publicación de las medidas impugnadas.⁵⁶

29. El Grupo Especial incurrió en error en su interpretación al constatar que el párrafo 1 del Anexo B obliga a publicar el contenido de la reglamentación⁵⁷, y que esa publicación debe dar a conocer o poner a disposición del público en general las medidas a través de un medio adecuado e incluir contenido suficiente para que el Miembro importador conozca las condiciones, con inclusión de los principios y métodos específicos, que se aplican a sus productos.⁵⁸ El párrafo 1 del Anexo B obliga a los Miembros a publicar prontamente todas las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias "de manera que los Miembros interesados puedan conocer su contenido". No se hace referencia alguna a "condiciones", "principios específicos" o "métodos" que deban publicarse. La interpretación del Grupo Especial ampliaba el alcance de la disposición al convertir en la práctica la expresión "conocer su contenido" en "cumplirlas". Por lo tanto, el Grupo Especial interpretó el artículo 7 y el párrafo 1 del Anexo B de manera incorrecta, al imponer obligaciones adicionales no incluidas en la disposición.

30. El Grupo Especial también incurrió en error al constatar que Corea no publicó el contenido de la prohibición general de importar.⁵⁹ La información que figuraba en el comunicado de prensa publicado incluía el origen de los productos a los que se aplicaba la medida, la naturaleza de la medida (una prohibición de todas las importaciones) y su alcance (los productos de la pesca); por lo tanto, en él se facilitaba toda la información necesaria para que los Miembros interesados pudieran conocer las medidas. Contrariamente a la constatación formulada por el Grupo Especial, una referencia a "todos los productos de la pesca" no es imprecisa, sino bastante clara en lo que se refiere a su alcance. La obligación de publicar las medidas de manera que los Miembros interesados

⁵² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.359.

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 29.

⁵⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.356.

⁵⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 29.

⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.5.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.461.

⁵⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.464.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.483 y 7.487.

puedan conocer su contenido no exige la publicación de todos y cada uno de los códigos del SA, siempre y cuando se haya definido la cobertura de productos.

31. Además, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el contenido de los comunicados de prensa publicados en 2011 y 2013, en los que se anunciaron las prescripciones en materia de pruebas adicionales, era insuficiente⁶⁰, porque estos no mencionaban los niveles de cesio o yodo que activarían las pruebas adicionales, qué radionúclidos concretos serían analizados, los niveles máximos correspondientes a estos radionúclidos⁶¹, o el procedimiento y el lugar de realización de las pruebas exigidas para los radionúclidos adicionales.⁶² Los comunicados de prensa permitían a los Miembros interesados "conocer" las medidas y sus prescripciones, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del Anexo B. Además, no se discutía que el Japón conocía las medidas, dado que este había reconocido expresamente que estaba al corriente de las mismas⁶³, las había cumplido y había expedido debidamente los certificados de origen de la producción para los productos alimenticios procedentes del Japón.⁶⁴

32. Además, el Grupo Especial incurrió en error al censurar a Corea⁶⁵ por no haber presentado ninguna prueba que demostrara que en el momento de la adopción de las medidas los Miembros interesados habrían sabido recurrir al correspondiente sitio web para obtener información⁶⁶, y por no haber facilitado versiones archivadas de los enlaces a los sitios web.⁶⁷ Al formular sus constataciones, el Grupo Especial estableció un criterio de certeza, que no exige el párrafo 1 del Anexo B. Además, el Japón había reconocido expresamente que estaba enterado de las medidas.⁶⁸ Sobre la base de los hechos, no cabía duda de que el Japón conocía las medidas de Corea.⁶⁹ Una vez más, el Grupo Especial aplicó un criterio que no se desprende del párrafo 1 del Anexo B.

33. Por otra parte, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al censurar a Corea por no haber presentado versiones archivadas de las páginas web correspondientes a la fecha de las publicaciones. El Japón no cuestionó la fecha de publicación.

34. Por último, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del artículo 7 y del párrafo 3 del Anexo B al constatar que, habida cuenta de que el Servicio de información sobre MSF de Corea no respondió a una solicitud formulada por el Japón el 13 de noviembre de 2014, no cumplió la obligación establecida en el párrafo 3 del Anexo B.⁷⁰ En el párrafo 3 del Anexo B se establece la obligación de que cada Miembro "se asegurará de que exista un servicio [de información]". El párrafo 3 del Anexo B no impone un criterio estricto de responsabilidad. Impone la obligación de asegurarse de que se adjudiquen a los servicios de información respectivos de los Miembros las responsabilidades descritas en ese párrafo, pero no dice nada sobre la manera en que funcionan estos servicios. Y, aun cuando la manera en que un servicio de información funciona o desempeña sus funciones fuera pertinente en el contexto del párrafo 3 del Anexo B, como mucho se podría constatar una infracción si existiera una falta de respuesta persistente a las peticiones, de modo que se constatará que en la práctica el servicio de información no era el "encargado" de desempeñar la funciones que le correspondían. El Grupo Especial incurrió en error al constatar que una sola falta de respuesta a una pregunta constituye una infracción del párrafo 3 del Anexo B.⁷¹

35. Por estas razones, Corea solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del artículo 7 y del Anexo B.⁷²

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.500 y 7.501.

⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.492 y 7.494.

⁶² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.494.

⁶³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.475, 7.486 y 7.498.

⁶⁴ Primera comunicación escrita de Corea, párrafo 388.

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.474, 7.476, 7.485 y 7.497.

⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.474, 7.485 y 7.497.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.474, 7.485 y 7.497.

⁶⁸ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.475, 7.486 y 7.498.

⁶⁹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.475, 7.486 y 7.498.

⁷⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.518.

⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.518.

⁷² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.5.

ANEXO B-2

RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR
EL JAPÓN EN CALIDAD DE OTRO APELANTE***I. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR AL EXCLUIR DE SU EVALUACIÓN DE LA ACREDITACIÓN *PRIMA FACIE* DEL JAPÓN PRUEBAS REFERIDAS A LA SITUACIÓN FÁCTICA EXISTENTE DESPUÉS DEL ESTABLECIMIENTO DEL GRUPO ESPECIAL**

1. La presente apelación se refiere a una fecha "límite" adoptada por el Grupo Especial para su evaluación de la acreditación *prima facie* del Japón según la cual el mantenimiento de las prohibiciones de importación y las prescripciones en materia de pruebas adicionales de Corea son incompatibles con las obligaciones continuas establecidas en el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En particular, el Japón apela contra la decisión del Grupo Especial de excluir de su evaluación de esa acreditación *prima facie* pruebas referidas a la situación fáctica existente después del establecimiento del Grupo Especial.¹

2. Al mismo tiempo, el Grupo Especial constató que estaba facultado para examinar pruebas referidas a hechos posteriores a su establecimiento si tales pruebas i) *refutaban* la acreditación *prima facie* del reclamante, o ii) *confirmaban* las constataciones del Grupo Especial basadas en pruebas referidas a la situación existente en el momento de su establecimiento.²

3. Las constataciones del Grupo Especial sobre el ámbito temporal de su evaluación de la acreditación *prima facie* del Japón entrañan error jurídico en: i) la interpretación y aplicación de los párrafos 3, 4 y 7 del artículo 3 y del artículo 11 del ESD, leídos a la luz del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; y ii) la aplicación del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.³

4. Si bien las disposiciones sobre solución de diferencias del *Acuerdo MSF* no establecen normas relativas al ámbito temporal de la evaluación de las pruebas por un grupo especial, en los párrafos 3, 4 y 7 del artículo 3 y en el artículo 11 del ESD se exige que un grupo especial, ante una alegación de que el *mantenimiento* de una medida es incompatible con *obligaciones continuas*, examine las pruebas presentadas oportunamente relativas a la situación fáctica existente después del establecimiento del grupo especial

5. De conformidad con el artículo 11 del ESD, entre los elementos del ámbito temporal que un grupo especial deberá tener en cuenta en su evaluación de los hechos figura *el ámbito temporal de las obligaciones en cuestión*.⁴ En ese sentido, el ámbito temporal de la evaluación de los hechos por un grupo especial es similar a la norma de examen de un grupo especial con arreglo al artículo 11 del ESD. El Órgano de Apelación ha reconocido desde hace mucho tiempo que la naturaleza y la intensidad ("norma") del examen de los hechos, incluso de la medida, por un grupo especial *depende de la obligación en el marco de la OMC respectiva*.⁵ En palabras del Órgano de Apelación:

... la "evaluación objetiva" que dispone el artículo 11 del ESD ha de entenderse en función de las obligaciones del respectivo acuerdo abarcado, a fin de delinear más específicamente la norma de examen adecuada.⁶

* Número total de palabras de la versión original en inglés: 2.979.

¹ Informe del Grupo Especial, *Corea - Radionúclidos (Japón)* ("informe del Grupo Especial"), párrafo 7.141.

² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.142.

³ La interpretación del Grupo Especial figura en los párrafos 7.136-7.143 de su informe.

⁴ Según parece, el Grupo Especial ha estado de acuerdo, ya que ha señalado que "[e]l Japón tiene razón en que cualquier limitación temporal del alcance del análisis del Grupo Especial debe basarse en la naturaleza de las alegaciones". Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - DRAM*, párrafo 184. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cordero*, párrafo 105 y *Estados Unidos - Hilados de algodón*, párrafos 74-76.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - DRAM*, párrafo 184.

6. Por consiguiente, no se aplica de modo uniforme una única norma de examen en todas y cada una de las diferencias. En lugar de ello, al "delinear más específicamente" la norma de examen de un grupo especial, de conformidad con el artículo 11 del ESD, se tienen en cuenta las características del asunto concreto: la evaluación objetiva es "específica para cada caso", y no "común para todos los casos".

7. Lo mismo puede decirse con respecto al ámbito temporal de una evaluación de los hechos por un grupo especial. Al determinar qué hechos se someten debidamente a evaluación, un grupo especial debe tener en cuenta las características del asunto de que se trate. En particular, la obligación pertinente puede aplicarse a un *momento concreto* (por ejemplo, el momento de la adopción de una medida); o puede imponer *obligaciones que continúan a lo largo del tiempo* (por ejemplo, durante el período de vigencia de la medida).⁷ Al "delinear más específicamente" el ámbito temporal de la evaluación de los hechos, con arreglo al artículo 11 del ESD, un grupo especial debe tener en cuenta esas características del asunto.

8. En el caso de las obligaciones en el marco de la OMC que se aplican en un momento concreto, las pruebas deben referirse a la compatibilidad de la medida impugnada *en ese momento*. Por ejemplo, el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* impone determinadas obligaciones que se aplican en el momento en que se adopta una medida. En un análisis en el marco del párrafo 7 del artículo 5, el alcance temporal de la evaluación de los hechos por un grupo especial debe tener en cuenta esta característica de la obligación pertinente y hay que evaluar los hechos relativos a la situación en el momento de la adopción de la medida.

9. En cambio, hay muchas obligaciones en el marco de la OMC que se aplican continuamente a lo largo del tiempo. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 impone una obligación continua en virtud de la cual las leyes y los reglamentos no deben otorgar un trato menos favorable a las mercancías importadas. Una obligación continua similar se establece en el párrafo 1 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*. El párrafo 3 a) del artículo X del GATT de 1994 impone obligaciones continuas respecto de la aplicación en curso.⁸ El párrafo 3 b) del artículo X del GATT de 1994 impone obligaciones continuas en materia de pronta revisión y rectificación de las medidas administrativas relativas a las cuestiones aduaneras. El artículo XI del GATT de 1994 impone obligaciones continuas en materia de restricciones cuantitativas. El párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo OTC* impone obligaciones continuas en virtud de las cuales los reglamentos no deben restringir el comercio más de lo necesario. El artículo 5 del *Acuerdo SMC* impone una obligación continua en virtud de la cual las subvenciones no pueden causar efectos desfavorables.

10. Cada una de esas obligaciones continuas se aplica durante todo el período de vigencia de una medida, desde que se adopta hasta que se suprime. Una medida sujeta a una o varias obligaciones continuas de ese tipo debe ser compatible con la obligación durante toda su vigencia. Como resultado, un reclamante puede mostrar que el mantenimiento de una medida infringe una obligación continua sobre la base de circunstancias actuales, con independencia de que la medida incumpliera o no la obligación en un momento anterior de su vigencia.

11. Cuando se formula una alegación en el sentido de que el *mantenimiento* de una medida incumple una obligación continua, un grupo especial *no puede* estar obligado a evaluar los hechos tal como eran en determinado momento, por ejemplo, al adoptarse la medida. La situación fáctica existente en el momento de la adopción no tiene que ver con la cuestión de si el mantenimiento de la medida -hasta el momento en que se suprime o modifique- incumple la obligación continua. Al examinar si el mantenimiento de una medida incumple una obligación continua, los grupos especiales han de evaluar todas las pruebas presentadas oportunamente que se refieran a si el mantenimiento de una medida, de forma ininterrumpida, incumple la obligación continua.

12. El enfoque interpretativo del Japón se apoya en una larga sucesión de asuntos. Como el Japón muestra en su comunicación en calidad de otro apelante, en numerosas diferencias, y en el marco de muy diversos acuerdos abarcados, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han ratificado

⁷ Véase la declaración inicial del Japón en la segunda reunión sustantiva, párrafo 13. De modo similar, en *Rusia - Porcinos*, el Grupo Especial señaló que el ámbito temporal de las pruebas sujetas a evaluación varía dependiendo de la obligación sustantiva de que se trate. Informe del Grupo Especial, *Rusia - Porcinos*, párrafo 7.178.

⁸ Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 188.

la evaluación de *hechos posteriores al establecimiento* al examinar si el mantenimiento de una medida incumple una obligación continua. Por poner un ejemplo, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* observó que "[l]a obligación que tenemos de evaluar objetivamente el asunto sometido a nuestra consideración con arreglo al artículo 11 del ESD en realidad nos obliga a examinar datos recientes, incluidos datos que corresponden al período posterior a la fecha de establecimiento del Grupo Especial".⁹

13. Las alegaciones de esta diferencia se han formulado en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Esas dos disposiciones establecen obligaciones que se aplican de modo continuo al *mantenimiento* de una MSF a lo largo de su período de vigencia.¹⁰ En consecuencia, de conformidad con el artículo 11 del ESD, al evaluar si el *mantenimiento* de una medida impugnada es incompatible con esas obligaciones continuas, un grupo especial ha de incluir en su evaluación todas las pruebas presentadas oportunamente relativas a la incompatibilidad continua.

14. Un grupo especial no puede excluir *a priori* de su evaluación pruebas presentadas oportunamente relativas a la situación fáctica más reciente posterior al establecimiento. Excluir de la evaluación toda esa categoría de pruebas es incompatible con la función esencial de un grupo especial, que es realizar una evaluación objetiva del "asunto" considerando todos los "hechos", de conformidad con el artículo 11 del ESD.

15. En la presente diferencia, el Grupo Especial agravó sus errores en el marco del artículo 11 del ESD al establecer el ámbito temporal de su evaluación de los hechos, porque esa evaluación fue sesgada. El Grupo Especial decidió no tener en cuenta las pruebas del Japón relativas a hechos posteriores al establecimiento al evaluar la acreditación *prima facie* del Japón, pero evaluó las pruebas de hechos posteriores al establecimiento presentadas por Corea cuando rechazó la acreditación *prima facie* del Japón. Esta sorprendente asimetría en el ámbito temporal de la evaluación del Grupo Especial no es "objetiva".

16. Además, la exclusión por el Grupo Especial de pruebas relativas a la situación fáctica más reciente es incompatible con el requisito de promover la solución "pronta", "satisfactoria" y "positiva" de las diferencias, según lo establecido en el artículo 3 del ESD. El artículo 3 insiste en que el objetivo de la solución de diferencias es hallar una solución "pronta", "satisfactoria" y "positiva" a una diferencia, ya que ello es "esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros".¹¹

17. El requisito de lograr una solución "pronta", "satisfactoria" y "positiva" de las diferencias significa que, al evaluar las alegaciones relativas al mantenimiento de la medida cuando existen obligaciones continuas, un grupo especial no puede excluir los hechos posteriores a su establecimiento que guarden relación con el mantenimiento de la medida. Esto es especialmente así cuando el desacuerdo de las partes -como en la presente diferencia- se refiere al mantenimiento de la medida en el período posterior al establecimiento. En tal caso, si un grupo especial no lleva a cabo su evaluación de los hechos y de la incompatibilidad continua de la medida, teniendo presente la situación fáctica en litigio más reciente, el sistema de solución de diferencias de la OMC no da cumplimiento al compromiso del ESD de lograr la solución "pronta", "satisfactoria" y "positiva" de las diferencias.

18. Por consiguiente, el Japón solicita que el Órgano de Apelación revoque la decisión errónea del Grupo Especial de no tener en cuenta las pruebas relativas a hechos posteriores al establecimiento al evaluar si el Japón había acreditado *prima facie* que el mantenimiento de las medidas de Corea es incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

19. A pesar de haber excluido de su evaluación de la acreditación *prima facie* del Japón cualquier prueba relativa a la situación fáctica posterior al momento de su establecimiento, el Grupo Especial constató en definitiva que el mantenimiento de las prohibiciones de importación y las prescripciones

⁹ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)*, párrafo 7.193 (sin cursivas en el original).

¹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.135.

¹¹ ESD, párrafo 3 del artículo 3.

en materia de pruebas adicionales de Corea es incompatible con las obligaciones continuas establecidas en el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.¹²

20. Los errores en que incurrió el Grupo Especial al establecer una fecha límite incorrecta para su evaluación de la acreditación *prima facie* del Japón no vician las constataciones definitivas del Grupo Especial en el marco de esas disposiciones. En sus constataciones en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial determinó que las pruebas relativas a los hechos *anteriores al establecimiento* eran suficientes para establecer la *acreditación prima facie* del Japón. Al formular sus constataciones sobre esa acreditación *prima facie*, el Grupo Especial consideró también pruebas relativas a hechos posteriores al establecimiento, sea porque confirmaban la acreditación *prima facie* del Japón o porque apoyaban la réplica de Corea.

21. Por consiguiente, las constataciones definitivas del Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF se formularon teniendo en cuenta todas esas pruebas presentadas oportunamente. En consecuencia, el Grupo Especial no incurrió en error al formular sus constataciones definitivas en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF.

22. Sí, a pesar de ello, el Órgano de Apelación decide que la fecha límite errónea establecida por el Grupo Especial para su evaluación de la acreditación *prima facie* del Japón vicia las constataciones definitivas del Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5, el Japón solicita que el Órgano de Apelación complete el análisis y constataste que el mantenimiento de las prohibiciones de importación y las prescripciones en materia de pruebas adicionales de Corea es contrario a las obligaciones constantes establecidas en el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

23. Al hacerlo, el Órgano de Apelación debería basarse en todas las constataciones fácticas pertinentes del Grupo Especial, con independencia de que guarden o no relación con: 1) hechos anteriores al establecimiento que apoyen la acreditación *prima facie* del Japón; 2) hechos anteriores y posteriores al establecimiento que apoyen la réplica de la República de Corea; o 3) hechos posteriores al establecimiento que confirmen la acreditación *prima facie* del Japón.

24. Por último, el Japón desea destacar que su apelación relativa al ámbito temporal de la evaluación del Grupo Especial se refiere a las constataciones de que las medidas de Corea se *mantiene*n en contra de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. La apelación del Japón no se refiere a las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de esas disposiciones en relación con la *adopción* de las medidas impugnadas.¹³

II. EL GRUPO ESPECIAL INCURRIÓ EN ERROR EN LA ARTICULACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE SIMILITUD EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 8 Y DEL PÁRRAFO 1 A) DEL ANEXO C DEL ACUERDO MSF

25. La presente apelación se refiere a las condiciones en las que un grupo especial puede considerar que los productos nacionales e importados son "similares" con arreglo al párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF, partiendo de la base de que una medida del demandado distingue entre productos utilizando el origen como único criterio de distinción.

26. En virtud del artículo 8 y del párrafo 1 a) del Anexo C, el Japón impugnó las prescripciones de Corea en materia de pruebas adicionales previas a la comercialización ("prescripciones en materia de pruebas adicionales").¹⁴ De conformidad con esa medida, los productos alimenticios japoneses que contengan entre 0,5 y 100 Bq/kg de cesio están sujetos a complejas pruebas adicionales, pero los productos alimenticios coreanos que contengan entre 0,5 y 100 Bq/kg de cesio no están sujetos a tales pruebas.

27. Según una jurisprudencia de larga data, la presunción de similitud se produce si una medida, en sus propios términos, distingue entre productos utilizando el origen como único criterio explícito

¹² Informe del Grupo Especial, párrafos 8.2 b), c) y e), y 8.3 b).

¹³ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 8.2 a), 8.2 c), 8.2 d) y 8.3 a).

¹⁴ Informe del Grupo Especial, cuadro 9, página 98 ("Si la cantidad detectada de cesio o yodo es superior a 0,5 Bq/kg, pruebas adicionales de al menos estroncio y plutonio").

de distinción.¹⁵ Dado que las prescripciones en materia de pruebas adicionales utilizan el origen como criterio único para distinguir entre productos coreanos y japoneses idénticos, el Japón sostuvo que la similitud podía presumirse.

28. El Grupo Especial convino en que "las medidas impugnadas *solo se aplican a los productos japoneses*".¹⁶ El Grupo Especial no constató que la medida se base en cualquier criterio distinto del origen para distinguir entre productos.

29. No obstante, el Grupo Especial se abstuvo erróneamente de presumir la similitud de los productos coreanos y japoneses que son idénticos en todos los aspectos, excepto en su origen.¹⁷ El Grupo Especial se abstuvo de presumir que existía similitud porque Corea afirmó que sus *razones o justificación para adoptar las medidas*" comprendían preocupaciones sanitarias.¹⁸ El Grupo Especial hizo referencia a "preocupaciones distintas del origen [que] respald[aba]n las medidas de Corea".¹⁹ El Grupo Especial "acept[ó] la explicación de Corea de que el origen no fue el único motivo que ... [el regulador] tuvo en cuenta cuando se estableció la distinción".²⁰

30. Por consiguiente, el Grupo Especial no se limitó a considerar si *la medida de Corea*, por sus términos, expresaba el origen como único criterio para distinguir entre productos nacionales e importados. En lugar de ello, el Grupo Especial sostuvo que el criterio jurídico exigía que examinara los motivos y preocupaciones del regulador coreano -"motivos" y "justificación"- que "respald[aba]n" su decisión de adoptar la medida. El Grupo Especial constató que, si la "justificación" que respalda una distinción basada en el origen comprende factores distintos del origen, la presunción de similitud no se aplica.

31. Por consiguiente, aun cuando la medida impugnada, por sus términos, indicaba el origen como único criterio de distinción, el Grupo Especial se abstuvo de aplicar la presunción de similitud porque la "justificación para adoptar las medidas" comprendía factores distintos del origen.

32. Al hacerlo, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del término "similares" y, en particular, en el criterio jurídico utilizado para presumir la similitud. Las consideraciones pertinentes para decidir si se aplica o no la presunción de similitud son los *términos de la propia medida*, y si la medida expresa o no el origen como único criterio para distinguir entre productos nacionales e importados. Si una medida -como las prescripciones en materia de pruebas adicionales de Corea- expresa el origen como único criterio de distinción, la similitud puede presumirse *prima facie*.

33. Cuando no se indican en el criterio de distinción utilizado en la medida, los motivos y preocupaciones que un regulador "tuvo en cuenta" al adoptar esa medida no impiden que haya una presunción de similitud *prima facie*. Más bien, esos motivos y preocupaciones pueden ser pertinentes en otras partes del criterio jurídico al amparo de la segunda cláusula del párrafo 1 a) del Anexo C. Por ejemplo, en una fase ulterior del análisis, las preocupaciones sanitarias de un regulador pueden justificar el trato diferenciado resultante del uso del origen en la medida como único criterio para distinguir entre productos nacionales e importados idénticos.

34. Por otra parte, aunque el Grupo Especial tuvo en cuenta la "explicación" de Corea de que el regulador coreano consideró los "riesgos para la salud"²¹ planteados por los productos japoneses cuando adoptó su decisión de distinguirlos de los productos coreanos, el Grupo Especial se negó erróneamente a considerar el argumento contrario del Japón de que los productos no eran diferentes en cuanto a sus "riesgos para la salud". El Grupo Especial había constatado ya que los productos japoneses no diferían en cuanto a "riesgos para la salud" en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5. En el marco del párrafo 3 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial constató que los "riesgos para la salud" no justificaban la distinción establecida entre los productos

¹⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.394.

¹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.397 (sin cursivas en el original).

¹⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.397.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.401 (sin cursivas en el original).

¹⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.399, primera frase (sin cursivas en el original).

²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.402 (sin cursivas en el original).

²¹ Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Corea, párrafo 385.

alimenticios japoneses y coreanos, y que esa distinción equivalía a una discriminación arbitraria e injustificable y una restricción encubierta del comercio internacional.²²

35. Sin embargo, al abstenerse de constatar que los productos coreanos y japoneses eran "similares" con arreglo al párrafo 1 a) del Anexo C, el Grupo Especial aceptó acríticamente la afirmación de Corea de que las preocupaciones sanitarias eran el motivo de la distinción establecida entre los productos, sin tener en cuenta la respuesta del Japón.²³

36. En consecuencia, el Japón solicita al Órgano de Apelación que: constate que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 a) del Anexo C del *Acuerdo MSF*; revoque la constatación del Grupo Especial de que el Japón no ha establecido que Corea actuó de modo incompatible con el párrafo 1 a) del Anexo C; y revoque la constatación consiguiente del Grupo Especial de que el Japón no ha establecido que Corea actuara de modo incompatible con el artículo 8 del *Acuerdo MSF*.

²² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.351-7.355.

²³ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.399 y 7.402.

ANEXO B-3**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELADO PRESENTADA POR EL JAPÓN*****I. INTRODUCCIÓN**

1. La presente diferencia se refiere a una serie de prohibiciones de importación y prescripciones en materia de pruebas muy restrictivas del comercio y discriminatorias que Corea aplica únicamente a los productos alimenticios japoneses. Al parecer, Corea adoptó esas medidas para hacer frente a los riesgos sanitarios que supuestamente planteaba la contaminación de esos productos por radionúclidos. El Grupo Especial constató que esas medidas infringían el párrafo 3 del artículo 2 (discriminación), el párrafo 6 del artículo 5 (restricción innecesaria del comercio) y el artículo 7 (transparencia) del Acuerdo MSF, así como los párrafos 1 (publicación) y 3 (servicio de información sobre MSF) del Anexo B de ese *Acuerdo*.

2. En una apelación generalizada, Corea impugna cada una de las constataciones desfavorables del Grupo Especial. En realidad, las únicas constataciones del Grupo Especial que quedan exentas de la apelación de Corea son las formuladas en el marco del Anexo C del Acuerdo MSF, que fueron favorables a Corea.

3. Básicamente, a través de esa estrategia de apelación indiscriminada, Corea trata de volver a plantear el asunto, en gran medida reutilizando los fallidos argumentos jurídicos y fácticos ya presentados al Grupo Especial. Al exponer esos argumentos, Corea deforma sistemáticamente las constataciones que el Grupo Especial formuló tras un detenido examen de todas las cuestiones.

4. Corea afirma que el Grupo Especial incurrió en errores en la interpretación y aplicación del derecho y en su evaluación de los hechos. También en este caso, Corea ha sido indiscriminada y, con frecuencia, no ha aclarado qué argumentos se refieren, respectivamente, a la interpretación, a la aplicación y a la evaluación.

5. De hecho, el lector de la apelación de Corea tiene que esforzarse con frecuencia para distinguir si un argumento concreto se refiere a la interpretación o la aplicación de las normas, o a la evaluación de los hechos. En muchos casos, cuando alega error en la aplicación de las normas, Corea presenta argumentos relativos a la evaluación de los hechos, utilizando incluso los términos propios de una apelación en el marco del artículo 11 del ESD. Un apelante decide por sí mismo cómo categoriza las alegaciones de su apelación. Y esa decisión tiene consecuencias. Corea no puede eludir el criterio jurídico establecido en el artículo 11 del ESD presentando una alegación relativa a la evaluación fáctica del Grupo Especial como un error en la aplicación de las normas.

6. La principal reclamación de Corea frente a las constataciones del Grupo Especial -que son objeto de recurso en virtud de sus apelaciones en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y de los párrafos 6 y 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF- se refiere a la importancia otorgada por el Grupo Especial a las condiciones ambientales relacionadas con el territorio del Japón. Para Corea, sus medidas se justifican porque el Japón sufrió un grave accidente nuclear y, supuestamente, sigue habiendo incertidumbre respecto de la contaminación ambiental en el territorio japonés, en particular cerca del complejo de la FDNPP.

7. Corea presenta una sucesión de incertidumbres en relación con: los radionúclidos aún presentes en los reactores de la FDNPP; el nivel de contaminación existente en los tanques de almacenamiento, el agua de mar y los sedimentos marinos en las proximidades del complejo de la FDNPP; y las fugas pasadas, presentes y futuras de agua contaminada desde esos tanques de almacenamiento al mar. Corea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error tanto en los aspectos de hecho como de derecho y en su evaluación fáctica, debido a que no concedió más importancia -en rigor, un peso decisivo- a esos factores ambientales.

* Número total de palabras de la versión original en inglés: 6.571.

8. Quien lea la comunicación del apelante presentada por Corea podría sacar la impresión equivocada de que el Grupo Especial no consideró esos factores ambientales. En realidad, el Grupo Especial consideró todos esos factores y otros muchos.

9. A diferencia de Corea, el Grupo Especial no llevó a cabo esa labor de forma arbitraria. Al contrario, lo hizo basándose en principios y teniendo en cuenta las obligaciones concretas de que se trata, así como los objetivos de Corea y los riesgos sanitarios y fitosanitarios a los que dan respuesta sus medidas. Como reconoció Corea, el objetivo de sus medidas es *proteger a sus consumidores frente a los riesgos sanitarios que entraña el consumo de alimentos contaminados por radionúclidos artificiales*.

10. El hecho de que el riesgo sanitario y fitosanitario guarde relación con los alimentos tiene consecuencias para la pertinencia de las condiciones ambientales. Estas *no* son pertinentes en sí y por sí. Considérese, por ejemplo, el contenido en radionúclidos de los reactores nucleares del complejo de la FDNPP, o del sedimento marino o del agua de mar en el puerto de la FDNPP. En sí mismas, las pruebas relativas a esas cuestiones no guardan relación con los riesgos sanitarios o fitosanitarios a que hacen frente los consumidores coreanos de alimentos japoneses. Por ejemplo, el Japón no exporta sedimentos marinos envasados o agua de mar embotellada procedentes del puerto de la FDNPP.

11. Como cuestión de derecho y de hecho, el Grupo Especial apreció correctamente que la importancia otorgada a las condiciones ambientales en un país exportador depende de la medida en que esas condiciones influyan en los objetivos sanitarios y fitosanitarios concretos del país importador.¹ En algunos casos pueden tener más importancia que en otros. Por otra parte, cuando se examinan las condiciones territoriales se hace porque son importantes para "*abordar los riesgos de los productos en el comercio internacional*".²

12. Con ese fin, el Grupo Especial examinó la importancia que debía concederse a diversos factores. El Grupo Especial insistió en que "evaluar[ía] la *totalidad de las pruebas* que se le ha[bía]n sometido, *sin que ningún elemento por sí solo ... [fuera] concluyente*".³ A lo largo de su razonamiento, el Grupo Especial evaluó diversos factores relativos tanto al medio ambiente como a los alimentos, y a la relación entre uno y otros.

13. Aunque Corea desearía que el Grupo Especial hubiese atribuido un peso preponderante a las condiciones ambientales existentes en el Japón, no ha logrado detectar errores en la interpretación y aplicación de las normas por el Grupo Especial, ni en su evaluación de los hechos. Habida cuenta de ello, el Japón pasa ahora a resumir sus argumentos sobre las alegaciones específicas de error formuladas por Corea.

II. EL GRUPO ESPECIAL NO INCURRIÓ EN ERROR CON ARREGLO AL ARTÍCULO 11 DEL ESD AL SELECCIONAR EXPERTOS

14. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial nombró cinco expertos para que prestaran asesoramiento sobre cuestiones científicas. Corea plantea objeciones con respecto a dos de esos cinco expertos, a saber, el Profesor Lynn Anspaugh y la Dra. Patsy Thompson. Corea afirma que el Grupo Especial infringió los derechos de debido proceso de Corea con arreglo al artículo 11 del ESD al nombrar a esos dos expertos que, según Corea, no fueron "independientes" e "imparciales".⁴

15. Corea recusó a 10 de los 15 posibles expertos propuestos por el Grupo Especial, incluidos el Profesor Anspaugh y la Dra. Thompson. Por otra parte, aunque solicitó que el Grupo Especial nombrase expertos en "radionúclidos en los medios marinos"⁵, Corea rechazó a todos los expertos en esa materia que se propusieron, incluidos el Profesor Anspaugh y la Dra. Thompson.⁶

¹ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.89 y 7.93.

² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.270. (sin cursivas y sin subrayar en el original)

³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289. (sin cursivas en el original)

⁴ Comunicación del apelante presentada por Corea, sección III.

⁵ Carta de Corea al Grupo Especial de fecha 2 de mayo de 2016, página 2.

⁶ Comunicación del Grupo Especial a las partes, de fecha 15 de julio de 2016, página 2. (sin cursivas en el original)

16. Corea se opuso al nombramiento del **Profesor Anspaugh** porque había "participado en la preparación del informe del UNSCEAR sobre el accidente de Fukushima Dai-ichi".⁷ Asimismo, Corea alegó que la **Dra. Thompson** había "escrito artículos en los que hacía su propia evaluación del riesgo planteado por la FDNPP".⁸

17. El Grupo Especial se avino al deseo de Corea de excluir a varios de los expertos propuestos, pero se negó a excluir al Profesor Anspaugh y a la Dra. Thompson.

18. Corea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error. En su apelación, Corea recuerda que "*puso en duda la imparcialidad e independencia* de dos de los expertos consultados por el Grupo Especial".⁹ Y añade:

*A pesar de que Corea planteó tales preocupaciones, el Grupo Especial consultó a sus expertos durante las actuaciones y, de ese modo, infringió los derechos de debido proceso de Corea.*¹⁰

19. Sin embargo, un grupo especial no infringe los derechos de debido proceso de un demandado por el simple hecho de seleccionar a un experto "[a] pesar" de las objeciones de ese demandado. Un grupo especial no puede someterse totalmente a las objeciones de un demandado.¹¹ A decir verdad, tal sometimiento permitiría a un demandado frustrar la capacidad de un grupo especial para nombrar expertos. En lugar de ello, un grupo especial ha de rechazar a un experto solamente cuando haya un "fundamento objetivo" para mantener "dudas justificables" de la independencia o imparcialidad de ese experto.¹²

20. El Órgano de Apelación ha sostenido que un grupo especial no puede seleccionar a un experto que con anterioridad haya sido autor de una evaluación del riesgo sanitario y fitosanitario en litigio en la diferencia.¹³ En lo que se refiere al Profesor Anspaugh, el Grupo Especial constató que el informe del UNSCEAR de 2013 "*no era una evaluación de los riesgos derivados del consumo humano de radionúclidos presentes en productos alimenticios*".¹⁴ Con respecto a la Dra. Thompson, Corea alegó que era autora de artículos en los que establecía "su propia evaluación del riesgo planteado por la FDNPP".¹⁵ Sin embargo, Corea no llegó a "*aportar citas de esos artículos*".¹⁶ En cuanto a dos artículos especificados, el Grupo Especial constató que ninguno de ellos evaluaba los riesgos sanitarios y fitosanitarios resultantes del consumo de productos alimenticios japoneses. Corea no ha explicado por qué el Grupo Especial incurrió en error al hacer esas constataciones.

III. EL GRUPO ESPECIAL NO INCURRIÓ EN ERROR AL FORMULAR SUS CONSTATAIONES EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 5 DEL ACUERDO MSF

21. El Japón alegó, en el marco del párrafo 6 del artículo 5, que las medidas de Corea restringían el comercio más de lo necesario para lograr el "nivel adecuado de protección [sanitaria y fitosanitaria]" ("NADP") de Corea. El Grupo Especial lo aceptó.

22. Corea apela contra las constataciones del Grupo Especial sobre el NADP. Corea afirma que el Grupo Especial formuló correctamente el NADP, pero lo aplicó erróneamente al constatar que la medida alternativa del Japón logra el nivel de protección elegido por Corea. Corea sostiene que,

⁷ Carta de Corea al Grupo Especial, de fecha 13 de junio de 2016, página 5.

⁸ Carta de Corea al Grupo Especial de fecha 13 de junio de 2016, página 3.

⁹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 34. (sin cursivas en el original)

¹⁰ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 34. (sin cursivas en el original)

¹¹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 117. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 439-446.

¹² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 454. (sin cursivas en el original)

¹³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 479.

¹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 1.26 (sin cursivas y sin subrayar en el original).

¹⁵ Comunicación del Grupo Especial a las partes, de fecha 15 de julio de 2016, páginas 2 y 3. (sin comillas en el original) Véase *asimismo* el informe del Grupo Especial, párrafo 1.27.

¹⁶ Comunicación del Grupo Especial a las partes, de fecha 15 de julio de 2016, páginas 2 y 3. (sin comillas en el original) Véase *asimismo* el informe del Grupo Especial, párrafo 1.27.

"aunque el Grupo Especial aceptó inicialmente el NADP de Corea, sustituyó de hecho en su análisis el NADP de Corea por una norma cuantitativa errónea de 1 mSv/año".¹⁷

23. El Grupo Especial aceptó y citó la propia formulación hecha por Corea de su NADP:

mantener los niveles de radiactividad en los alimentos consumidos por los coreanos en niveles que existen en el medio ambiente normal -en ausencia de radiación procedente de un accidente nuclear importante- y mantener así unos niveles de contaminación radiactiva en los alimentos "tan bajos como razonablemente puedan alcanzarse" (ALARA), por debajo del límite de dosis de radiación de 1 mSv/año.¹⁸

24. En su formulación, Corea reconoce que su NADP comprende tres elementos interrelacionados: 1) los niveles que existen en el medio ambiente normal; 2) el principio ALARA; y 3) el umbral cuantitativo de exposición a una dosis de 1 mSv/año.

25. En su comprobación del NADP de Corea, el Grupo Especial tuvo que aclarar la relación existente entre los tres elementos, que Corea no había explicado. Para ello, el Grupo Especial evaluó las pruebas pertinentes. En su apelación, Corea sostiene que, al evaluar los tres elementos, el Grupo Especial interpretó erróneamente la función del medio ambiente normal y del principio ALARA y "se centró únicamente en un umbral cuantitativo" de 1 mSv/año.¹⁹ Corea incurre en error.

26. El Grupo Especial constató que los dos primeros elementos (medio ambiente normal/ALARA) sirvieron para fundamentar la determinación por Corea del tercer elemento (límite de exposición a una dosis).

27. En lo que respecta al primer elemento, el límite de exposición a una dosis de 1 mSv/año se estableció teniendo en cuenta su relación con los niveles de radiación en el "medio ambiente normal". El Grupo Especial constató que 1 mSv/año constituía una "adición de poca importancia"²⁰ a los niveles de radiación existentes en el "medio ambiente normal".

28. En cuanto al segundo elemento, el Grupo Especial constató que ALARA es simplemente un "proceso", y no un "punto final". El Grupo Especial concluyó que Corea había "utilizado" ALARA como parte de un "proceso" que dio lugar al establecimiento de su límite de exposición a una dosis de 1 mSv/año.²¹ En realidad, siendo un "proceso", ALARA no era apto para servir como NADP, ya que no definía un "nivel de protección" concreto.

29. En lo que se refiere al tercer elemento, el Grupo Especial señaló que Corea "reconoce" su límite de exposición a una dosis de 1 mSv/año para los radionúclidos artificiales presentes en los alimentos, y que el límite sirve para "cuantificar" la exposición que Corea "está dispuesta a aceptar" "para el público en general".²²

30. El Grupo Especial evaluó también el NADP "*que se está aplicando de hecho*" en las medidas de Corea.²³ El Grupo Especial constató que Corea "ha establecido" un límite de exposición a una dosis de 1 mSv/año, que utiliza en sus propias medidas. Lógicamente, como sostuvo el Grupo Especial, ello es indicativo de que una medida alternativa cumple el NADP si asegura también que la dosis de exposición a través de los alimentos se mantiene por debajo del mismo límite.²⁴

31. Aunque afirma que el Grupo Especial concedió demasiada importancia al límite de exposición a una dosis de 1 mSv/año establecido por Corea y no suficiente al "medio ambiente normal" y al principio ALARA, Corea no ha explicado de qué modo el Grupo Especial incurrió en error al examinar

¹⁷ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 184.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.172, donde se cita la declaración inicial de Corea en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 66. (el subrayado figura en el original)

¹⁹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 191.

²⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.170.

²¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.166.

²² Informe del Grupo Especial, párrafos 7.161 y 7.165.

²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.158. (sin cursivas en el original)

²⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.172.

la relación entre esos tres elementos del NADP. El Japón no ve ningún error en el examen del Grupo Especial.

IV. EL GRUPO ESPECIAL NO INCURRIÓ EN ERROR AL FORMULAR SUS CONSTATAIONES EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO MSF

32. El Japón alegó, en el marco del párrafo 3 del artículo 2, que las medidas de Corea eran causa de discriminación arbitraria o injustificable y restricción encubierta del comercio internacional. El Grupo Especial lo aceptó.

33. Corea apela contra las constataciones del Grupo Especial de que: 1) existían "condiciones similares" respecto de los productos alimenticios procedentes del Japón y de otras partes; 2) la discriminación contra los productos japoneses es arbitraria e injustificable y constituye una restricción encubierta del comercio internacional.

A. El Grupo Especial no incurrió en error al constatar que prevalecen "condiciones similares"

34. Como cuestión de interpretación, el Grupo Especial constató que las "condiciones" pertinentes con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 debían determinarse a la luz de los *objetivos reglamentarios del demandado* perseguidos por la medida impugnada y *los riesgos sanitarios y fitosanitarios abordados por esa medida*.

35. Corea no parece oponerse. De hecho, está de acuerdo en que la determinación de "las condiciones pertinentes debe estar informada por el objetivo reglamentario de las medidas impugnadas".²⁵

36. Sin embargo, Corea alega que el Grupo Especial incurrió en error al no interpretar la palabra "condiciones" de forma que incluyese todos los "factores que afectan a un país" y son "potencialmente pertinentes".²⁶ Este argumento no resiste un examen detallado. En su interpretación, el Grupo Especial reconoce que *cualesquiera* "condiciones" pueden ser pertinentes, dependiendo de los objetivos de la medida y del riesgo sanitario y fitosanitario al que esta trate de hacer frente. No hay "condiciones" que queden excluidas.

37. Corea se queja de que el Grupo Especial no concedió una importancia preponderante a las condiciones relacionadas con el "territorio" del Japón. El Grupo Especial señaló que, en el párrafo 3 del artículo 2, esa palabra está matizada por la palabra "*including*" (en la versión inglesa), que indica que el "territorio" es simplemente "*un ejemplo* de las condiciones que pueden compararse, pero *no excluye que también puedan compararse otras*".²⁷ La función de las condiciones territoriales variará dependiendo de las "circunstancias", en particular, del riesgo sanitario y fitosanitario "que abordan las medidas impugnadas".²⁸

38. Corea tampoco está de acuerdo con que el Grupo Especial utilice el párrafo 1 del artículo I, el párrafo 4 del artículo III y el párrafo XX del GATT de 1994 como contexto. Corea no tiene en cuenta que, al utilizar ese contexto, el Grupo Especial se basó en el Órgano de Apelación.²⁹ Además, el Grupo Especial utilizó ese contexto en apoyo de la proposición nada excepcional de que el Acuerdo MSF y el GATT de 1994 tienen como "núcleo" el "comercio de mercancías".

39. Corea sostiene que el Grupo Especial permite la "elusión" del párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo MSF. Sin embargo, el párrafo 3 del artículo 2 no puede dar lugar a la elusión del párrafo 1 del artículo 4, ya que, según constató el Grupo Especial, abordan cuestiones "diferentes". El primero se centra en la manera en que *un Miembro importador aplica sus propias medidas sanitarias y fitosanitarias*, mientras que el segundo aborda la cuestión de si *las medidas sanitarias y fitosanitarias de un Miembro exportador son "equivalentes" a las del Miembro importador*.

²⁵ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 268.

²⁶ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafos 249 y 250.

²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.267. (sin cursivas en el original)

²⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.270.

²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 251.

40. Al aplicar el criterio jurídico, el Grupo Especial constató que las "condiciones" pertinentes son "si los productos procedentes del Japón y del resto del mundo tienen una posibilidad similar de estar contaminados por los 20 radionúclidos del Codex", y si esos niveles serían inferiores a los correspondientes niveles mínimos de Corea.³⁰ Posteriormente, el Grupo Especial determinó que existían condiciones similares.³¹

41. Corea alega que el Grupo Especial incurrió en error en la aplicación porque, al identificar las "condiciones" pertinentes, "se centró exclusivamente en 'el riesgo presente en los productos'"³², y trató las condiciones ambientales y ecológicas como "irrelevantes".³³ Lo afirmado por Corea no es exacto.

42. El Grupo Especial insistió en que "evaluar[ía] la totalidad de las pruebas que se le ha[bía]n sometido, *sin que ningún elemento por sí solo ... [fuera] concluyente*".³⁴ El Grupo Especial constató que los productos alimenticios procedentes del Japón y del resto del mundo presentan el *mismo riesgo* de contener los radionúclidos pertinentes en niveles superiores a los umbrales establecidos por Corea. Para ello, el Grupo Especial estudió una amplia diversidad de pruebas con detalle, considerándolas a la luz del objetivo de la medida de proteger a los consumidores frente a los riesgos de los alimentos contaminados por radionúclidos. Entre esas pruebas se incluyeron factores relacionados con el medio ambiente, la ecología y la alimentación.³⁵

43. Por consiguiente, el Grupo Especial no "se centró exclusivamente en 'el riesgo presente en los productos'"³⁶, ni trató las condiciones ambientales y ecológicas como "irrelevantes", según afirma Corea.³⁷ Corea desearía tal vez que el Grupo Especial hubiese concedido más importancia a las pruebas relacionadas con esas dos condiciones, pero no ha presentado una apelación a tal efecto.

B. El Grupo Especial no incurrió en error al constatar la existencia de "discriminación arbitraria o injustificable" y de una "restricción encubierta del comercio internacional"

1. Discriminación arbitraria o injustificable

44. El Grupo Especial constató que las medidas de Corea constituyen discriminación "arbitraria o injustificable" contra los productos japoneses, porque la discriminación no estaba racionalmente conectada con el objetivo sanitario y fitosanitario de la medida.³⁸ Corea alega que el Grupo Especial incurrió en error tanto en la interpretación como en la aplicación del párrafo 3 del artículo 2.

45. En uno de sus argumentos, Corea impugna el criterio de la "conexión racional" seguido por el Grupo Especial. Corea parece creer que la discriminación arbitraria e injustificable se produce únicamente si "no hay conexión racional". Según afirma, si hay alguna conexión racional, la discriminación no es arbitraria e injustificable.³⁹ Corea parece creer que, si puede justificarse "algún nivel de discriminación", el nivel *concreto* de discriminación *de las medidas en litigio* está *necesariamente* justificado.⁴⁰

46. Corea incurre en error. Es preciso que el nivel concreto de discriminación resultante de la medida en litigio "*se adapt[e]*"⁴¹ o se "*adecu[e]*"⁴² al objetivo de la medida. Por consiguiente, el mero hecho de que pueda justificarse "algún" nivel de discriminación no significa que un Miembro

³⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.283.

³¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.322.

³² Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 268.

³³ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 269.

³⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.289. (sin cursivas en el original)

³⁵ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 2.1-2.11, 7.183-7.190, 7.196-7.199, 7.205-7.209, 7.220-7.237 y 7.290-7.315.

³⁶ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 268.

³⁷ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 269.

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.355.

³⁹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 302.

⁴⁰ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 301 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.351). (sin cursivas en el original)

⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Atún (párrafo 5 del artículo 21)*, párrafo 7.330. (sin subrayar en el original)

⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.345.

pueda ejercer cualquier tipo de discriminación. Más bien, como constató el Grupo Especial, el nivel *concreto* de discriminación resultante de la medida en litigio debe estar racionalmente conectado -o sea, adaptarse o adecuarse- al objetivo de la medida.

47. El Grupo Especial aplicó también adecuadamente el criterio de la conexión racional. Por ejemplo, el Grupo Especial recordó los "muy bajos niveles" de radionúclidos "detectados en los productos alimenticios japoneses".⁴³ Las prohibiciones de importación de Corea son "rígida[s] e inflexible[s]" y se aplican con independencia "del perfil de riesgo de los productos importados".⁴⁴ Corea no ha aplicado sus medidas a productos alimenticios de otras procedencias con "una posibilidad similar" de contaminación⁴⁵, o que "es previsible que estén muy contaminados".⁴⁶ La aplicación de las medidas se basa también en criterios que no tienen nada que ver con el riesgo de contaminación (por ejemplo, el pabellón de las embarcaciones de pesca; el lugar de elaboración; o el nivel de 0,5 Bq/kg para la activación de las pruebas adicionales).⁴⁷

48. Corea sostiene, no obstante, que sus medidas se adaptan a los "riesgos existentes dentro y fuera del *territorio del Japón*". Una vez más, el argumento de Corea se centra equivocadamente en "el territorio del Japón". El Grupo Especial constató que el objetivo de Corea se refería a los riesgos sanitarios y fitosanitarios derivados de los *productos alimenticios*.⁴⁸ Corea no ha apelado contra la constatación del Grupo Especial sobre el objetivo.

49. En otro razonamiento, Corea sostiene que el Grupo Especial interpretó erróneamente el asunto *CE - Hormonas*. En ese caso, el Órgano de Apelación aceptó que la UE pudiera distinguir entre: 1) la *presencia natural* de hormonas de crecimiento en la carne; y 2) la *adición intencionada* de hormonas de crecimiento a la carne por los productores. Como constató el Grupo Especial, los hechos aquí son diferentes.⁴⁹

50. A diferencia de lo ocurrido en el asunto *CE - Hormonas*, no hay radionúclidos artificiales que los productores añadan intencionadamente a los alimentos. Más bien, esos radionúclidos artificiales están presentes en todos los alimentos, procedentes de todo el mundo, *como parte del proceso de crecimiento natural*. Además, no puede hacerse una distinción objetiva entre determinados radionúclidos artificiales, tales como el cesio, dependiendo del suceso de liberación. Los riesgos sanitarios de un radionúclido en particular no varían en función de *dónde* y *cómo* se haya liberado. Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó con acierto que, a diferencia de lo ocurrido en el asunto *CE - Hormonas*, en esta diferencia no se compara "un fenómeno artificial con uno que se da naturalmente", sino que se trata de "los mismos radionúclidos artificiales liberados en distintos momentos como consecuencia de sucesos diferentes".⁵⁰

2. Restricción encubierta del comercio internacional

51. El Grupo Especial constató que, debido a que las medidas de Corea implican discriminación arbitraria e injustificable, también implican una restricción encubierta. Corea sostiene que el Grupo Especial actuó erróneamente al constatar que la "discriminación arbitraria o injustificable" es una forma de "restricción encubierta del comercio internacional".⁵¹ Sin embargo, como la propia Corea sostuvo ante el Grupo Especial⁵², el Órgano de Apelación ha constatado que la expresión "restricción encubierta del comercio internacional" "abarca" el concepto de "discriminación arbitraria o injustificable".⁵³ Por lo tanto, dado que el Grupo Especial constató que las medidas de Corea entrañan el segundo concepto, también entrañan el primero.

⁴³ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.343.

⁴⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.343.

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.351.

⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.343.

⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.344 y 7.345.

⁴⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.283.

⁴⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.339.

⁵⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.339. (sin cursivas en el original)

⁵¹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 332.

⁵² Primera comunicación escrita de Corea, párrafo 105.

⁵³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gasolina*, página 29.

V. EL GRUPO ESPECIAL NO INCURRIÓ EN ERROR EN LO QUE RESPECTA AL ÁMBITO TEMPORAL DE SU EVALUACIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 11 DEL ESD AL CONSTATAR QUE LAS MEDIDAS DE COREA INFRINGEN EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 2 Y EL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 5 DEL ACUERDO MSF

52. En el curso de las actuaciones del Grupo Especial, hubo profundo desacuerdo entre las partes acerca de si la situación fáctica existente después de la fecha de establecimiento del Grupo Especial justificaba el mantenimiento de las MSF de Corea.

53. El Japón afirmó que las MSF de Corea eran incompatibles con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 de Acuerdo MSF en el momento en que se adoptaron y lo han seguido siendo hasta el momento presente. Un postulado esencial de la posición de Corea era que las medidas se justificaban a la luz de la situación "en curso" o "presente", que "se mantenía" "en la actualidad"⁵⁴, y esa sigue siendo una característica de su apelación.⁵⁵ No obstante, Corea afirmó que el Grupo Especial estaba obligado a prescindir de las pruebas presentadas por el Japón que no estaban "disponibles para las autoridades coreanas cuando se adoptaron las medidas"⁵⁶ ("pruebas posteriores a la adopción") o, como mínimo, que se refieren a la situación fáctica posterior al establecimiento del Grupo Especial ("hechos posteriores al establecimiento").

54. El Grupo Especial acordó que el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 imponen obligaciones "no solo cuando se adoptan las medidas sino también durante todo el tiempo que permanecen en vigor", es decir, "obligaciones continuadas".⁵⁷ En cuanto a las alegaciones del Japón relativas a la compatibilidad de las medidas de Corea con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 en el momento de su adopción, el Grupo Especial constató que estaba obligado a evaluar la situación fáctica existente hasta el momento de la adopción.⁵⁸

55. En lo que respecta a la alegación del Japón relativa a la obligación continuada de Corea de mantener sus medidas de forma compatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial consideró que estaba obligado a evaluar la situación fáctica existente desde el momento en que se adoptaron las medidas de Corea hasta la fecha del establecimiento. Por consiguiente, el Grupo Especial decidió que finalizaría su evaluación de los hechos apoyando la acreditación *prima facie* del Japón de que las medidas se mantenían de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 en la fecha del establecimiento del Grupo Especial.⁵⁹

56. El Grupo Especial mantuvo esa fecha límite aplicada exclusivamente a las pruebas en que el Japón, como reclamante, se basaba para establecer su acreditación *prima facie*. En cambio, el Grupo Especial constató que: i) Corea, como demandado, podía basarse en las pruebas relativas a hechos posteriores al establecimiento para refutar la acreditación *prima facie* del Japón; y ii) el Grupo Especial podía evaluar las pruebas de hechos posteriores al establecimiento para *confirmar* sus constataciones relativas a la situación existente hasta el establecimiento del Grupo Especial.⁶⁰

57. Al igual que el Japón, Corea apela contra varios elementos del enfoque adoptado por el Grupo Especial respecto del ámbito temporal de su evaluación por considerarlos erróneos con arreglo al artículo 11 del ESD.

A. Utilización de pruebas de hechos posteriores al establecimiento al evaluar el mantenimiento de las medidas impugnadas

58. En primer lugar, Corea sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al recurrir a pruebas de hechos posteriores al establecimiento para evaluar si el Japón había demostrado que las medidas impugnadas *se mantenían* de forma incompatible con las obligaciones continuadas enunciadas en el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, la segunda comunicación escrita de Corea, párrafos 6, 9, 23, 28, 34, 35, 38, 40, 47, 50, 51, 68, etc.; y epígrafes II.D, II.D.1, II.D.2 y II.F.

⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafos 8, 12, 14, 15, 17, 18, 24, 25 y 285.

⁵⁶ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafos 200 y 335.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.135 y 7.136.

⁵⁸ Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial, párrafos 7.253-7.256.

⁵⁹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141.

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.142.

59. Corea sostiene que, so pretexto de "confirmar" sus constataciones, el Grupo Especial recurrió a pruebas de hechos posteriores al establecimiento al evaluar la acreditación *prima facie* del Japón. Corea sostiene que, al hacerlo, el Grupo Especial no llevó a cabo una evaluación objetiva del asunto con arreglo al artículo 11 del ESD. Asimismo, Corea afirma que, al considerar hechos posteriores al establecimiento, el Grupo Especial convirtió el asunto planteado contra Corea en un "blanco móvil".

60. En su propia apelación, el Japón ha demostrado que el Grupo Especial *incurrió en error* al prescindir de pruebas de hechos posteriores al establecimiento cuando evaluó si el Japón había establecido una acreditación *prima facie* de que las medidas de Corea se mantenían de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5. Por consiguiente, la premisa fundamental de la apelación de Corea es errónea.

61. En caso de que el Órgano de Apelación rechace la otra apelación del Japón, el Japón demuestra a continuación que el Grupo Especial no incurrió en error al evaluar las pruebas de los hechos posteriores al establecimiento para *confirmar* la acreditación *prima facie* del Japón a la luz de la situación fáctica más reciente. Si el Grupo Especial se hubiera negado por completo a examinar las pruebas de los hechos posteriores al establecimiento presentadas oportunamente, no habría resuelto el profundo desacuerdo de las partes en cuanto a si las medidas estaban justificadas en la situación fáctica más reciente. Además, sería incompatible con las prescripciones en materia de debido proceso del artículo 11 que el Órgano de Apelación revocara la utilización por el Grupo Especial de las pruebas de hechos posteriores al establecimiento para confirmar la acreditación *prima facie* del Japón y, al mismo tiempo, confirmara la utilización de tales pruebas por el Grupo Especial tras haberlas presentado Corea para apoyar su refutación.

62. Por otra parte, Corea no ha justificado sus alegaciones de que el Grupo Especial no evaluó los hechos objetivamente con arreglo al artículo 11. El Órgano de Apelación ha insistido en que no "interferir[á] sin motivos bien fundados" con el ejercicio de las facultades de determinación de los hechos que corresponden al grupo especial, y que, para hacerlo, "debe[] asegurar[se] de que el Grupo Especial se ha excedido de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha de decidir sobre los hechos".⁶¹ Como señaló el Órgano de Apelación, cuando una parte afirma que un grupo especial no ha realizado una evaluación objetiva, "recae ... [en esa parte] la carga de explicar por qué el supuesto error cumple la norma de examen prevista en el artículo 11 del ESD".⁶² En su comunicación del apelante, Corea no "explica[]" por qué el supuesto error cumple la norma de examen prevista en el artículo 11 del ESD".

63. En concreto, Corea no afirma, ni mucho menos demuestra, que las pruebas de hechos anteriores al establecimiento en que se basó el Grupo Especial constituyan una base insuficiente para la constatación del Grupo Especial de que el Japón había logrado acreditar *prima facie* la incompatibilidad con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5.⁶³ Corea tampoco afirma, y mucho menos demuestra, que las pruebas de hechos anteriores al establecimiento en las que se basó el Grupo Especial *se contrarresten con* las pruebas de hechos posteriores al establecimiento en las que, según Corea, el Grupo Especial se basó también, y *no puedan ser compatibles con* esas pruebas.⁶⁴

64. Como resultado, Corea tampoco ha demostrado que las pruebas posteriores al establecimiento sean tan importantes para las constataciones del Grupo Especial que la supuesta omisión del Grupo Especial al no tenerlas en cuenta "influye en la objetividad de su evaluación de los hechos".⁶⁵

65. Para apoyar su posición, Corea enumera varios casos en los que, según afirma, el Grupo Especial no hizo distinción o separación entre las funciones relativas desempeñadas por las pruebas anteriores y posteriores al establecimiento en su evaluación de la acreditación *prima facie* del Japón.

⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.150; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

⁶² Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.150; informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

⁶³ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 142; *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185; *CE - Grandes aeronaves civiles*, párrafo 1317.

⁶⁴ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 - *Brasil*), párrafo 292.

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación*, párrafo 442.

Sin embargo, al limitarse a enumerar esos casos, Corea no "explica[]" por qué el supuesto error cumple la norma de examen prevista en el artículo 11".⁶⁶

66. No obstante, para que su exposición sea completa, el Japón aborda cada una de las pruebas mencionadas por Corea y pone de manifiesto que Corea no demostró que el enfoque adoptado por el Grupo Especial en relación con las pruebas de hechos anteriores y posteriores al establecimiento constituya un error con arreglo al artículo 11.

67. Por otra parte, Corea alega también que, al considerar las pruebas de hechos posteriores al establecimiento, el Grupo Especial convirtió el asunto planteado contra Corea en un "blanco móvil" y comprometió sus debidas garantías procesales. El Órgano de Apelación ha puesto límites a los plazos de presentación de pruebas para asegurar las debidas garantías procesales. Al establecer los límites en un caso concreto, los grupos especiales deben preservar el equilibrio entre diversos intereses, incluido el derecho de cada parte a tener una oportunidad significativa de realizar comentarios sobre los argumentos y las pruebas que haya presentado la otra parte.⁶⁷ En el presente caso, ni Corea ni el Grupo Especial indicaron que *cualquiera* de las pruebas aducidas por el Japón no se hubiera presentado oportunamente, o que el Grupo Especial hubiese negado a Corea el derecho a formular observaciones sobre cualquiera de las pruebas consideradas en definitiva por el Grupo Especial.

B. Utilización de pruebas de hechos posteriores al establecimiento al evaluar el mantenimiento de las medidas impugnadas

68. En segundo lugar, Corea sostiene que el Grupo Especial se vio obligado a evaluar si las medidas impugnadas se mantenían de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF únicamente sobre la base de las pruebas que estaban "disponibles para las autoridades coreanas cuando se adoptaron las medidas".⁶⁸

69. Según Corea, esa limitación tiene su origen en el informe adoptado por el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Hilados de algodón*.⁶⁹ En ese caso, el Grupo Especial incurrió en error al examinar una medida de salvaguardia transitoria sobre la base de pruebas que no existían cuando se hizo la determinación. Sin embargo, el asunto *Estados Unidos - Hilados de algodón* consistió en una diferencia respecto de una determinación de medidas comerciales correctivas. Por consiguiente, las pruebas se limitaron a las que existían en el momento en que se realizó la determinación.

70. Para determinar qué hechos están propiamente sujetos a evaluación con arreglo al artículo 11 del ESD, un grupo especial habrá de tener en cuenta las características del asunto concreto de que se trate. En particular, la obligación pertinente puede aplicarse a un momento concreto (por ejemplo, el momento de adopción de una medida); o puede imponer obligaciones que continúan a lo largo del tiempo (por ejemplo, durante el período de vigencia de la medida).

71. Las obligaciones impuestas en relación con determinaciones de medidas comerciales correctivas son un subconjunto de las obligaciones que se aplican en un momento determinado. En concreto, se aplican a un acto concreto en un momento concreto: se aplican a una determinación en el momento en que se realiza.

72. En cambio, la obligación de *mantener* MSF de forma compatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF pertenece a otra categoría de obligaciones en el marco de la OMC, a saber, las obligaciones que se aplican de forma continua a lo largo del tiempo.

73. En el derecho de la OMC hay muchas obligaciones continuadas, y una medida sujeta a una o varias de esas obligaciones continuadas ha de ser compatible con la obligación durante el período de vigencia de la medida. Como resultado, un reclamante puede mostrar que el mantenimiento de una medida incumple una obligación continuada sobre la base de las circunstancias presentes, enfoque que han adoptado los grupos especiales y el Órgano de Apelación en numerosas diferencias en el marco de una gran diversidad de acuerdos abarcados.

⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Productos derivados de las focas*, párrafo 5.150; informe del Órgano de Apelación, *CE - Elementos de fijación (China)*, párrafo 442.

⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Cigarrillos*, párrafo 150.

⁶⁸ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafos 200 y 335.

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Hilados de algodón*, párrafo 78.

C. Utilización de pruebas posteriores a la adopción al evaluar la adopción de las medidas impugnadas

74. En tercer lugar, Corea sostiene que el Grupo Especial estaba obligado a limitar su evaluación de si las medidas impugnadas *se adoptaron* de forma incompatible con el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF a las pruebas que estaban "disponibles para las autoridades coreanas cuando se adoptaron las medidas".⁷⁰ Corea afirma que actuar de otro modo daría lugar a una incompatibilidad con el artículo 11 del ESD.

75. Sin embargo, el Grupo Especial tuvo sistemáticamente en cuenta el ámbito temporal de las pruebas en su evaluación de las alegaciones del Japón en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 respecto de la compatibilidad de las medidas impugnadas *en el momento de su adopción, y mientras se mantuvieron*.

76. El Grupo Especial llegó a conclusiones distintas para las medidas: en el momento en que se adoptaron; en diferentes años; y mientras se mantuvieron.⁷¹ El Grupo Especial lo hizo sobre la base de las pruebas que se ajustaban con precisión al ámbito temporal de su análisis, es decir, en el momento en que las medidas se adoptaron; en diferentes años; y mientras las medidas se mantuvieron en vigor.

77. Por consiguiente, la alegación de error formulada por Corea al amparo del artículo 11 carece de fundamento.

VI. EL GRUPO ESPECIAL NO INCURRIÓ EN ERROR AL FORMULAR SUS CONSTATAIONES EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 7 DEL ARTÍCULO 5 DEL ACUERDO MSF

78. El Japón no formuló alegaciones al amparo del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Sin embargo, Corea trató de hacer pertinente para su defensa el párrafo 7 del artículo 5 mediante una serie de presunciones que condujeron desde ese párrafo al párrafo 3 del artículo 2 y al párrafo 6 del artículo 5:

- *En primer lugar*, Corea afirmó que las prohibiciones de importación y las prescripciones en materia de pruebas adicionales se habían adoptado de conformidad con el párrafo 7 del artículo 5.⁷²
- *En segundo lugar*, Corea sostuvo que, debido a que el Japón no había formulado una alegación al amparo del párrafo 7 del artículo 5, el Grupo Especial debía presumir que las medidas de Corea eran compatibles con esa disposición, incluidas las tesis fácticas en que se sustenta el párrafo 7 del artículo 5.⁷³ En particular, el Grupo Especial debía suponer -sin evaluación- que las pruebas científicas eran *insuficientes* para llevar a cabo una evaluación de los riesgos derivados de los productos alimenticios japoneses.⁷⁴
- *En tercer lugar*, Corea trató de reforzar esa presunción en su defensa con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 y al párrafo 6 del artículo 5. En resumen, en el marco de esas dos disposiciones, Corea afirmó que el Grupo Especial debía también presumir que, debido a las incertidumbres relativas al territorio del Japón, las pruebas científicas eran insuficientes para evaluar el riesgo. Esa presunta insuficiencia de unas pruebas científicas inciertas era, por lo tanto, un argumento esencial para justificar la discriminación y las restricciones comerciales contra los productos alimenticios japoneses.

79. Aunque el Grupo Especial consideró los argumentos de Corea de que sus "medidas estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 7 del artículo 5" (es decir, el primer paso de la serie que acabamos de describir), no estuvo dispuesto a hacerlo utilizando una *presunción* (es decir,

⁷⁰ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafos 200 y 335.

⁷¹ Informe del Grupo Especial, párrafos 7.253-7.256 y 8.2.

⁷² Véanse, por ejemplo, la primera comunicación escrita de Corea, párrafo 83; la segunda comunicación escrita de Corea, párrafo 298; y las respuestas de Corea a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva (pregunta 106 a) del Grupo Especial), párrafo 173.

⁷³ Véase, por ejemplo, la declaración inicial de Corea en la primera reunión sustantiva, párrafos 42 y 43.

⁷⁴ Véanse, por ejemplo, las respuestas de Corea a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva (pregunta 106 a) del Grupo Especial), párrafo 170.

el segundo paso de dicha serie). En lugar de ello, y con arreglo a las normas habituales sobre la carga de la prueba, esa carga recayó en Corea como parte que formuló aseveraciones relativas a las condiciones fácticas al amparo del párrafo 7 del artículo 5.⁷⁵ El Grupo Especial constató que Corea no había demostrado que sus medidas estuvieran comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 7 del artículo 5.

80. En apelación, Corea afirma, *en primer lugar*, que el Grupo Especial no cumplió su mandato al formular constataciones con arreglo al párrafo 7 del artículo 5. Sin embargo, aun cuando las alegaciones y los argumentos de un demandado nunca ocupan un lugar en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, no es posible que un grupo especial realice una "evaluación objetiva del asunto", e incluso de la "conformidad" de las medidas, sin evaluarlos plenamente.

81. *En segundo lugar*, Corea alega que el Grupo Especial aplicó una carga de la prueba errónea en el marco del párrafo 7 del artículo 5. El Japón no está de acuerdo. Según observó expresamente el Grupo Especial, Corea "*ha hecho valer varias premisas fácticas que subyacen a sus argumentos*, la más importante de las cuales es que no había testimonios científicos suficientes para llevar a cabo una evaluación objetiva del riesgo".⁷⁶ El Grupo Especial constató que "*a la parte que afirma algo le corresponde la carga de demostrarlo*", y que no hay nada en el párrafo 7 del artículo 5 que "reemplace" esa norma básica.⁷⁷

82. *En tercer lugar*, Corea formula numerosas alegaciones de error relativas a las constataciones del Grupo Especial respecto de la suficiencia de las pruebas, la información pertinente disponible y la no revisión de las medidas por Corea. Corea no distingue claramente entre errores de interpretación, aplicación y evaluación. Con frecuencia, interpreta también erróneamente las constataciones del Grupo Especial para crear falsas argumentaciones que puede después rebatir.

83. Un argumento es digno de mención. Como se ha indicado *supra*, un tema recurrente de la apelación de Corea es que, supuestamente, el Grupo Especial no tuvo en cuenta las hipotéticas incertidumbres de las pruebas científicas relativas a la situación existente en el complejo de la FDNPP. Tomando como base casos pasados, el Grupo Especial constató correctamente que la naturaleza del riesgo sanitario y fitosanitario en cuestión determina qué pruebas científicas son "pertinentes" con arreglo al párrafo 7 del artículo 5. En el presente caso, ese riesgo se refiere a los productos alimenticios. Por ello, el Grupo Especial constató que las supuestas incertidumbres no impedían que se realizase una evaluación de los riesgos derivados de los productos alimenticios. Corea puede estar ahora en desacuerdo con la importancia otorgada a las condiciones ambientales, pero no ha demostrado de qué forma el Grupo Especial incurrió en errores, como cuestión de derecho o de hecho.

VII. EL GRUPO ESPECIAL NO INCURRIÓ EN ERROR EN EL MARCO DE LOS PÁRRAFOS 1) Y 3) DEL ANEXO B DEL ACUERDO MSF

84. El Grupo Especial constató que, para cada una de las medidas impugnadas, Corea había incumplido los párrafos 1) y 3) del Anexo B. Corea apela contra ambas constataciones.

85. El párrafo 1) del Anexo B obliga a los Miembros a publicar las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias de manera que los Miembros interesados puedan "conocer su contenido". Para Corea, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que esa publicación debe permitir que los demás Miembros conozcan las "condiciones (con inclusión de los principios y métodos específicos) que se aplican a sus productos".⁷⁸ Corea sostiene que la publicación no tiene por qué proporcionar a los Miembros interesados la información que necesitan para "cumplir" una medida.⁷⁹

86. Corea incurre en error. Como sostuvo el Grupo Especial en el asunto *CE - Productos de tecnología de la información*, la publicación debe comunicar información "más o menos completa" sobre el contenido de una medida, a fin de que los comerciantes y gobiernos "*conozcan* ... *qué condiciones se aplicarían a sus mercancías* al importarlas al territorio de un Miembro".⁸⁰ Este enfoque

⁷⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.75. Véase también el párrafo 7.74.

⁷⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.75. (sin cursivas en el original)

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.75. (sin cursivas en el original)

⁷⁸ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 357 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.464).

⁷⁹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 358.

⁸⁰ Informe del Grupo Especial, *CE - Productos de tecnología de la información*, párrafo 7.1085. (sin cursivas en el original)

se confirma en el párrafo 2) del Anexo B, que, habida cuenta de la publicación prevista en el párrafo 1) de ese Anexo, concede tiempo a los productores "para adaptar sus productos y sus métodos de producción a las *prescripciones* del Miembro importador". Por supuesto, tal cosa solo es posible si los productores conocen, a través de la publicación, las "condiciones" que constituyen las "prescripciones" aplicables.

87. En cuanto a la aplicación, Corea está en desacuerdo con que el término "todos los productos de la pesca" sea demasiado "impreciso" para indicar qué productos quedan abarcados por la medida.⁸¹ El Grupo Especial constató que ese término no se basaba en "fuentes utilizadas habitualmente para definir términos en el comercio internacional de productos de la pesca u otros productos acuáticos", tales como las definiciones del Sistema Armonizado.⁸² Las definiciones comunes de tales productos son más precisas, por ejemplo, mediante referencia a productos como las algas. Aunque insiste en que su término no es impreciso, Corea no presenta argumentos para explicar por qué el Grupo Especial incurrió en error.

88. El párrafo 3) del Anexo B obliga a establecer un servicio encargado de responder a preguntas y facilitar documentos. En una parte de su apelación, Corea impugna la constatación del Grupo Especial de que un servicio de ese tipo está obligado a responder a las peticiones razonables de información.⁸³ Sin embargo, en otra parte, acepta que tal servicio debe responder a las peticiones de información.⁸⁴

89. La verdadera reclamación de Corea consiste en que el Grupo Especial esperaba demasiado de un servicio de información, imponiendo un criterio "responsabilidad objetiva" para cualquier falta de respuesta individual.⁸⁵ Corea no tiene en cuenta que el Grupo Especial afirmó que a los servicios de información no se les debe exigir "la perfección".⁸⁶

90. Corea afirma que, de hecho, "el Grupo Especial constató que una sola falta de respuesta a una petición de información equivale a una infracción del párrafo 3) del Anexo B".⁸⁷ Sin embargo, el Grupo Especial basó su constatación en una serie de omisiones por parte del servicio de información coreano.⁸⁸

⁸¹ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 366.

⁸² Informe del Grupo Especial, párrafo 7.481.

⁸³ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 383.

⁸⁴ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 384.

⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 383.

⁸⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.507.

⁸⁷ Comunicación del apelante presentada por Corea, párrafo 385.

⁸⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.520.

ANEXO B-4**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN DEL APELADO PRESENTADA POR COREA***

1. Corea responde a las alegaciones formuladas por el Japón en su comunicación presentada en calidad de otro apelante que el Grupo Especial incurrió en error al excluir pruebas y análisis posteriores a su establecimiento del examen de la acreditación *prima facie* del Japón en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, y que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de la "similitud" en el marco del artículo 8 y del párrafo 1 a) del Anexo C.

A. EL GRUPO ESPECIAL NO PODÍA TOMAR EN CONSIDERACIÓN PRUEBAS POSTERIORES A SU ESTABLECIMIENTO EN SU EVALUACIÓN EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 2 Y DEL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 5

2. El Grupo Especial tenía que determinar si las medidas impugnadas infringían el Acuerdo MSF en el momento en que se estableció el Grupo Especial, es decir, el 28 de septiembre de 2015, o antes de esa fecha. El Grupo Especial no podía basarse en análisis y datos posteriores a su establecimiento para determinar si el Japón había logrado establecer la existencia de una infracción del Acuerdo MSF.

3. En primer lugar, las disposiciones del Acuerdo MSF relativas a la solución de diferencias no guardan silencio en cuanto al ámbito temporal. El párrafo 1 del artículo 11 del Acuerdo MSF hace referencia a los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, así como al ESD. El artículo XXIII indica que la anulación o el menoscabo deben estar produciéndose ya en el momento en que se formulan las representaciones. De conformidad con el artículo 7 del ESD, la indagación de un grupo especial debe centrarse en el "asunto sometido al ESD" por la parte reclamante en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. El "asunto" debe ser una situación que ya existía antes de ser sometido al OSD.

4. En segundo lugar, la obligación de llevar a cabo "una evaluación objetiva del asunto" impedía al Grupo Especial tomar en consideración pruebas posteriores a su establecimiento. Un grupo especial que examina una MSF no debe realizar un examen *de novo* y "no debe sustituir [el juicio del regulador nacional] por su propio juicio científico".¹ Por consiguiente, al evaluar una MSF, el Grupo Especial solo debe tener en cuenta la información de que dispusiera el organismo de reglamentación nacional. Cuando se establece un grupo especial, un organismo de reglamentación a lo sumo podría tener a su disposición las mediciones realizadas hasta esa fecha. Lo mismo puede decirse con respecto a los análisis basados en esas mediciones. La evaluación de la compatibilidad de una MSF a partir de datos inexistentes en el momento en que se establece el grupo especial impondría de hecho a los organismos de reglamentación la obligación de adivinar cómo evolucionarán los datos en el futuro. Si un grupo especial tuviera que considerar esta información, estaría sustituyendo el juicio del organismo de reglamentación nacional por su propio juicio y, por lo tanto, emprendiendo un examen *de novo*.

5. Contrariamente al argumento formulado por el Japón, un grupo especial que examine la situación existente hasta el establecimiento del grupo especial estará examinando el "asunto" en su totalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 11 del ESD. El hecho de que una parte reclamante formule alegaciones relativas al mantenimiento de la MSF no altera esta conclusión.

6. En tercer lugar, los objetivos enunciados en el ESD de hallar una solución pronta, satisfactoria y positiva a la diferencia en virtud de lo dispuesto en los párrafos 3, 4 y 7 del artículo 3, no implican que el Grupo Especial tuviera la obligación de examinar pruebas posteriores a su establecimiento. Una solución pronta, satisfactoria y positiva no significa que la diferencia deba resolverse a favor de la parte reclamante, como parece sostener el Japón. De hecho, permitir que una parte reclamante inicie un litigio antes de que se haya materializado realmente la infracción es precisamente el tipo

* Número total de palabras de la versión original en inglés: 1.277.

¹ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 590, y *Australia - Manzanas*, párrafo 213.

de comportamiento contencioso que el párrafo 10 del artículo 3 trata de desincentivar. Además, un objetivo igualmente importante del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es aportar seguridad y previsibilidad. El enfoque adoptado por el Japón, en el que la materialización de la infracción se convierte en un "blanco móvil" que puede tener lugar en cualquier momento durante las actuaciones del grupo especial, menoscaba la seguridad y la previsibilidad.

7. En cuarto lugar, el Japón establece acertadamente una distinción entre el presente asunto y los asuntos que se refieren al momento oportuno para la presentación de pruebas. Corea está de acuerdo en que la cuestión aquí abordada no es el momento oportuno para la presentación de pruebas, sino la de que las pruebas deben demostrar que la infracción se había materializado en el momento en que se estableció el Grupo Especial. Las pruebas que presenta el Japón en apoyo de sus alegaciones reflejan circunstancias posteriores al establecimiento del Grupo Especial y, por lo tanto, no se pueden tomar en consideración.

8. Por último, la jurisprudencia no avala la posición del Japón. El hecho de que grupos especiales anteriores hubieran adoptado un enfoque distinto al preferido por el Japón no significa que este sea incorrecto.

9. Si bien el Japón impugna la decisión adoptada por el Grupo Especial de no examinar pruebas posteriores al establecimiento del Grupo Especial, alega que estos errores no vician las constataciones definitivas formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5, y solicita que el Órgano de Apelación complete el análisis. Ahora bien, el Órgano de Apelación debería revocar las determinaciones del Grupo Especial ya que, si bien este último alegó que descartaría las pruebas posteriores a su establecimiento, el Grupo Especial no distinguió debidamente las pruebas anteriores a su establecimiento de las posteriores en su evaluación en el marco del párrafo 3 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5. Además, el Órgano de Apelación no debería completar el análisis jurídico, habida cuenta de que las constataciones fácticas hechas por el Grupo Especial, así como los hechos no controvertidos obrantes en el expediente del Grupo Especial, son insuficientes para completar el análisis.

B. EL GRUPO ESPECIAL DECIDIÓ CORRECTAMENTE NO APLICAR UNA PRESUNCIÓN DE SIMILITUD EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 8 Y DEL PÁRRAFO 1 A) DEL ANEXO C

10. Las constataciones del Grupo Especial de que el Japón no demostró que se pueda presumir que los productos importados son "similares" a los productos coreanos no constituyen un error jurídico.

11. En primer lugar, el Grupo Especial no estaba sujeto a la obligación de aplicar una presunción de similitud, pero estaba facultado para realizar un análisis de la similitud recurriendo a los criterios tradicionales.² Si bien grupos especiales anteriores y el Órgano de Apelación han *permitido* la aplicación de una presunción en determinadas circunstancias, no hay ninguna prescripción de que un grupo especial esté *obligado* a aplicar una presunción de similitud.

12. Una presunción, por naturaleza, no es absoluta, y se puede refutar.³ Una presunción no puede sostenerse frente a pruebas relativas a los cuatro criterios de similitud tradicionales que tienen una repercusión en la relación de competencia entre los productos. Por lo tanto, con independencia de si el Grupo Especial debería o no haber aplicado una presunción, este estaba facultado para examinar pruebas relativas a los factores de similitud tradicionales.

13. En segundo lugar, el Grupo Especial tuvo debidamente en cuenta las preocupaciones sanitarias de Corea como un factor pertinente en su análisis de la similitud. El Japón no fundamenta su alegación de que un grupo especial está facultado para examinar solamente los términos de una medida al determinar si esta establece una distinción basada exclusivamente en el origen. La determinación de si una distinción se basa exclusivamente en el origen dependerá de la "naturaleza, la configuración y el funcionamiento de la medida en litigio".⁴ Estos factores no limitan el examen del Grupo Especial a los términos de una medida.

² Informe del Grupo de Trabajo sobre Ajustes Fiscales en Frontera, L/3464, párrafo 18.

³ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Servicios financieros*, párrafo 6.45.

⁴ Comunicación presentada por el Japón en calidad de otro apelante, párrafo 421.

14. Además, la aplicación de una medida solamente a los productos japoneses no puede, por sí sola, demostrar que el origen fuera la *única* distinción, si el criterio utilizado para diferenciar los productos japoneses se basaba *también* en un factor distinto del origen del producto. Una MSF, por naturaleza, establece una distinción basada en los riesgos para la salud y la seguridad asociados al origen del producto; por lo tanto, las preocupaciones de salud pública, como las demostradas en las pruebas presentadas por Corea, son el factor más pertinente a la hora de determinar si la medida establece una distinción basada exclusivamente en el origen del producto.

15. En tercer lugar, el Grupo Especial constató correctamente que Corea refutó con éxito la presunción de similitud del Japón. Corea demostró la repercusión de las preocupaciones de salud pública en el mercado y explicó que los consumidores siguen efectuando distinciones entre los productos alimenticios japoneses y coreanos, y han manifestado su preocupación por los riesgos sanitarios que entraña la contaminación de los productos alimenticios japoneses por radionúclidos, debido al accidente y la consiguiente radiación procedente de la planta nuclear.

16. Por las razones expuestas, Corea solicita respetuosamente que el Órgano de Apelación desestime la otra apelación del Japón.

ANEXO C

ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS PARTICIPANTES

Índice		Página
Anexo C-1	Resumen de la comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante	42
Anexo C-2	Resumen de la comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante	43
Anexo C-3	Resumen de la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante	46

ANEXO C-1

**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL BRASIL
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE**

1. En su comunicación presentada al Órgano de Apelación en calidad de tercero participante, el Brasil formula observaciones sobre tres cuestiones: i) el mandato del Grupo Especial; ii) la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, y iii) las obligaciones de los Miembros en materia de transparencia previstas en el párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF.
2. En lo que respecta al mandato del Grupo Especial, el Brasil señala que Corea invocó el párrafo 7 del artículo 5 en su primera comunicación escrita. Por consiguiente, se deberían aplicar las disposiciones del párrafo 2 del artículo 7 del ESD. El Brasil entiende, por lo tanto, que el párrafo 7 del artículo 5 estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial.
3. Con respecto a la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, Corea alega no haber basado su defensa en el "derecho condicional" o la "exención condicional" del párrafo 7 del artículo 5, y que solamente mencionó ese artículo como "contexto" de la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes cuando se adoptaron las MSF de Corea. El Brasil sostiene que, en el presente asunto, se debería seguir la norma general relativa a la carga de la prueba, es decir, que esta recae en la parte que presenta una alegación.
4. Por último, el Brasil sostiene que la interpretación correcta del párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF debería constatar que la mencionada disposición establece una obligación de hacer públicas las MSF en una forma que sea suficientemente completa, a fin de que los demás Miembros puedan entender por qué medios pueden cumplirlas. Esta evaluación debería realizarse caso por caso.

ANEXO C-2**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE*****1. APELACIONES DE COREA Y EL JAPÓN RELATIVAS A LA UTILIZACIÓN POR EL GRUPO ESPECIAL DE HECHOS POSTERIORES A SU ESTABLECIMIENTO**

1. Con respecto a la primera parte de las apelaciones planteadas por Corea al amparo del artículo 11, la UE no ve cómo el Grupo Especial podría haber examinado alegaciones relativas al *mantenimiento* si limitaba sus constataciones a los hechos anteriores a la adopción. Además, la UE señala que, en la presente diferencia, los hechos posteriores al establecimiento del Grupo Especial parecen confirmar simplemente la conclusión del Grupo Especial basada en hechos anteriores a su establecimiento. Por lo tanto, la preocupación del Grupo Especial de que los reclamantes pudieran impugnar medidas compatibles con las normas de la OMC con la esperanza de que los hechos futuros las hicieran incompatibles no era pertinente en este caso. Las preocupaciones del Grupo Especial relativas al debido proceso también se podrían abordar por otros medios, como establecer límites temporales para la presentación de pruebas.

2. En principio, la UE está de acuerdo en que la mejor manera de lograr la solución pronta, satisfactoria y positiva de las diferencias de conformidad con el artículo 3 del ESD es que los grupos especiales formulen constataciones y recomendaciones sobre la base de los últimos datos disponibles, con sujeción a las limitaciones del debido proceso. La medida en que los hechos posteriores al establecimiento del Grupo Especial son pertinentes varía en función de la obligación de que se trate. En el contexto del Acuerdo MSF, los hechos subyacentes pueden variar de manera significativa a lo largo del tiempo, y no parece natural que un Grupo Especial no quiera ver esas pruebas. Ahora bien, habría que tener presente que no se puede esperar que los organismos de reglamentación reaccionen de manera instantánea ante nuevos acontecimientos.

3. Por otro lado, la Unión Europea no considera que un Grupo Especial incurra *necesariamente* en error al adoptar una "fecha límite" para su evaluación, en función de las obligaciones pertinentes, los hechos de la diferencia, lo que afirman las partes y lo que demuestran las pruebas.

2. APELACIONES DE COREA EN RELACIÓN CON EL PÁRRAFO 7 DEL ARTÍCULO 5 DEL ACUERDO MSF

4. Con respecto a las supuestas infracciones del mandato del Grupo Especial, la UE señala que esta cuestión puede depender, entre otras cosas, de la cuestión de si, y en calidad de qué, Corea invocó de forma válida el párrafo 7 del artículo 5, y de la relación existente entre ese párrafo y el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5. Con respecto a esto último, la UE recuerda su posición de que el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 siguen siendo aplicables también con respecto a una medida provisional adoptada en el marco del párrafo 7 del artículo 5, pero que las respectivas obligaciones también se deberían aplicar e interpretar a la luz del párrafo 7 del artículo 5 si la medida está comprendida en su ámbito de aplicación. Con tal fin, un grupo especial puede considerar si una medida está comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 7 del artículo 5 aunque este párrafo no se cite en la solicitud de establecimiento del grupo especial. Ahora bien, un grupo especial no debería formular constataciones de incompatibilidad con el párrafo 7 del artículo 5 (y, en particular, con las condiciones que figuran en él) si no se ha formulado una alegación en la solicitud de establecimiento del grupo especial.

5. En cuanto a la importante cuestión sistémica de a qué parte incumbe la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5, la UE remite a la jurisprudencia del Órgano de Apelación en los asuntos *Mantenimiento de la suspensión*, según la cual la carga de la prueba en el contexto del párrafo 7 del artículo 5 recae en la parte reclamante. Por consiguiente, en principio incumbe al reclamante demostrar que los testimonios científicos pertinentes son suficientes para llevar a cabo una evaluación del riesgo que respalde la tesis de que el producto es inocuo. Dicho esto, un demandado que desee ampararse en el párrafo 7 del artículo 5 debe asegurarse no solo de que las

* Número total de palabras de la versión original en inglés: 1.222.

circunstancias justifican la aplicación de esa disposición, sino también de que cumple las condiciones en ella establecidas. Una preocupación legítima debe tener algún fundamento. La UE señala que, en el presente asunto, las circunstancias en que las partes invocaron (o no invocaron) el párrafo 7 del artículo 5 son bastante peculiares.

6. Con respecto a la alegación formulada por Corea de que las pruebas no eran insuficientes, la posición de la UE es que no todos los factores enumerados en el párrafo 2 del artículo 5 son igualmente pertinentes para una determinada evaluación del riesgo. Si bien la UE no se pronuncia acerca de los hechos del presente asunto, considera que no se excluye que, en un asunto que se refiere a los riesgos relacionados con los alimentos, las condiciones ecológicas y ambientales más generales que prevalecen en el territorio de un Miembro puedan tener una pertinencia más limitada, o, virtualmente, incluso no ser en absoluto pertinentes.

3. APELACIÓN DE COREA EN EL MARCO DEL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 5 DEL ACUERDO MSF: EL NADP DE COREA

7. Corresponde a cada Miembro de la OMC establecer su propio NADP. Habida cuenta de que el NADP es el punto de partida del análisis que realiza un grupo especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5, un grupo especial incurre en error si establece la medida alternativa tomando como referencia un NADP que no corresponde plenamente a lo que inicialmente constató que era el NADP del Miembro regulador.

8. La UE coincide con Corea en que, a todos los efectos prácticos, el Grupo Especial determinó que el NADP era de "1 mSv/año". La cuestión fundamental a este respecto es la relación existente entre ese punto de referencia y los elementos cualitativos del NADP, es decir, si estos últimos se hacen efectivos mediante la aplicación del punto de referencia cuantitativo o si se añaden a este. Correspondía a Corea, como Miembro regulador, aclarar esta relación de un modo que permita llevar a cabo una evaluación significativa en el marco del párrafo 6 del artículo 5.

4. APELACIONES DE COREA AL AMPARO DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 2 DEL ACUERDO MSF

9. La UE considera, en consonancia con la jurisprudencia anterior, que el objetivo reglamentario de una medida debería informar la determinación por el Grupo Especial de las condiciones pertinentes que han de compararse y que la determinación de las condiciones pertinentes en una determinada diferencia deberá realizarse caso por caso. La UE no se pronuncia sobre los hechos del asunto, pero considera que la expresión "condiciones [] similares" del párrafo 3 del artículo 2 no excluye una comparación que estaría centrada en los productos, y que las condiciones ecológicas o ambientales que prevalecen en el territorio de un Miembro no deben evaluarse necesariamente en cada uno de los casos.

10. La UE está de acuerdo con Corea en que, como se afirmó en el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, la discriminación a la que se alude en la primera oración solo debería "tomarse en consideración" en el contexto de la segunda oración.

5. APELACIONES DE COREA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 7 Y DEL ANEXO B DEL ACUERDO MSF

11. La UE está de acuerdo en que, en determinadas circunstancias, una MSF publicada puede no entenderse si no se hace referencia a otros documentos, en cuyo caso la obligación de publicación establecida en el párrafo 1 del Anexo B puede hacerse extensiva a otros documentos (como los métodos). La UE considera que la obligación de publicar es una obligación objetiva, y el hecho de que un Miembro demandado pudiera de algún modo conocer una MSF por otros medios, no eliminaría la incompatibilidad de una medida que no se ha publicado adecuadamente. La UE es del parecer que los casos individuales en los que un servicio de información no haya respondido a una pregunta solo darán lugar a una incompatibilidad con el párrafo 3 del Anexo B en circunstancias excepcionales.

6. APELACIONES DEL JAPÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO 8 Y DEL PÁRRAFO 1 A) DEL ANEXO C DEL ACUERDO MSF

12. La disposición principal en materia de no discriminación en el contexto de las MSF, que debería informar el análisis de la similitud, es el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF. El párrafo 1 a) del Anexo C debería interpretarse a la luz del párrafo 3 del artículo 2. No debería interpretarse en el sentido de que introduce una disciplina adicional y distinta de no discriminación en las MSF, aun en los casos en que esas medidas incluyan elementos de procedimiento.

13. Los riesgos sanitarios subyacentes a los procedimientos de prueba y control en cuestión se deberían tener en cuenta en el marco del párrafo 1 a) del Anexo C, por ejemplo como "factores o circunstancias que no guardan relación con el origen extranjero del producto", que explicarían por qué son menos favorables para los productos del Miembro importador, o como cuestiones pertinentes al evaluar si la distinción establecida entre los productos nacionales y los productos similares se basa exclusivamente en el origen. Ahora bien, ello no debería equivaler a un análisis de las motivaciones subjetivas del organismo de reglamentación para adoptar la medida del Anexo C.

ANEXO C-3**RESUMEN DE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR LOS ESTADOS UNIDOS
EN CALIDAD DE TERCERO PARTICIPANTE****Introducción¹**

1. Los Estados Unidos presentan su punto de vista respecto de determinadas cuestiones planteadas por Corea y el Japón en el procedimiento de apelación. En la presente comunicación, los Estados Unidos abordarán determinadas cuestiones relativas a la interpretación jurídica del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (el "Acuerdo MSF") y el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD").
2. En la sección II, los Estados Unidos explican la razón por la cual se deben desestimar las alegaciones formuladas por Corea al amparo del párrafo 2 del artículo 6, el párrafo 1 del artículo 7 y el artículo 11 del ESD según las cuales el Grupo Especial cometió un error jurídico al formular constataciones en el marco del párrafo 7 del artículo 5.
3. Si bien el mandato del Grupo Especial en virtud del párrafo 2 del artículo 6 y del párrafo 1 del artículo 7 limita el alcance del "asunto" que se le ha sometido, el párrafo 2 del artículo 7 exige que los grupos especiales consideren todas las disposiciones pertinentes "que hayan invocado las partes en la diferencia". El asunto objeto de la diferencia, identificado en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Japón, incluía alegaciones formuladas al amparo del párrafo 3 del artículo 2 y los párrafos 5 y 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF. Habida cuenta de que, en sus comunicaciones escritas, Corea hacía referencia al párrafo 7 del artículo 5, el Grupo Especial estaba facultado para examinar la aplicabilidad de ese párrafo.
4. La alegación formulada por Corea al amparo del párrafo 11 del ESD debe ser desestimada porque el párrafo 2 del artículo 6 y el párrafo 1 del artículo 7 establecen el mandato de un grupo especial, y el artículo 11 no proporciona fundamentos jurídicos adicionales para examinar sus competencias.
5. En la sección III, los Estados Unidos explican que el Grupo Especial actuó de manera compatible con las obligaciones que le impone el ESD al recurrir a las pruebas posteriores al establecimiento del Grupo Especial únicamente para evaluar la compatibilidad de las medidas adoptadas por Corea con las obligaciones pertinentes en el momento del establecimiento del Grupo.
6. Con arreglo al ESD, son las medidas impugnadas, en la forma en que existían en el momento del establecimiento del Grupo Especial, es decir, cuando le fue sometido el "asunto", las que están debidamente comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Las pruebas posteriores a su establecimiento aportadas por el Japón son pues pertinentes en la medida en que se refieran a la situación jurídica existente en esa fecha.
7. Cualquier medida cronológicamente posterior que pueda imponer un Miembro -ya sea después de la adopción de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, o simplemente después del establecimiento de un grupo especial- se abordaría mediante la recomendación formulada por el Grupo Especial en virtud del párrafo 1 del artículo 19 del ESD, de carácter prospectivo, en el sentido de que tiene efectos o consecuencias en las obligaciones de los Miembros de la OMC en materia de aplicación.
8. En la sección IV, los Estados Unidos explican que la descripción hecha por el Grupo Especial de "los elementos esenciales" que han de incluirse en la publicación de una medida parece ir más allá de lo que dispone el texto del párrafo 1 del Anexo B.

¹ De conformidad con las *Directrices con respecto a los resúmenes de las comunicaciones escritas*, WT/AB/23 (11 de marzo de 2015), los Estados Unidos indican que este resumen tiene 580 palabras en total, y que esta comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante (sin incluir el texto del resumen) tiene 5.859 palabras (incluidas las notas).

9. Según se desprende de su texto, el párrafo 1 exige la publicación de las *reglamentaciones* sanitarias y fitosanitarias, en particular "leyes, decretos u órdenes que sean de aplicación general". La MSF tiene que publicarse "prontamente" y "de manera que los Miembros interesados puedan conocer su contenido". Por lo tanto, los Miembros deben poder tener conocimiento de la propia *reglamentación sanitaria o fitosanitaria* pertinente. El Grupo Especial interpreta el requisito de publicación en el sentido de que incluye requisitos adicionales no establecidos en el texto del párrafo 1.

10. Por último, en la sección V, los Estados Unidos demuestran que el párrafo 3 del Anexo B crea la obligación de procedimiento de asegurarse de que "exista" un servicio de información y de que este servicio esté "encargado de" facilitar determinada información. No impone al Miembro la obligación sustantiva de facilitar información o de explicar los motivos de sus medidas, ni especifica la naturaleza de la respuesta del servicio de información. Las obligaciones sustantivas de los Miembros con respecto a la transparencia o al suministro de información referente a las MSF vienen impuestas por otras disposiciones del Acuerdo MSF.
