

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

WT/DS76/AB/R
22 de febrero de 1999

(99-0668)

Original: inglés

JAPÓN - MEDIDAS QUE AFECTAN A LOS PRODUCTOS AGRÍCOLAS

AB-1998-8

Informe del Órgano de Apelación

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. Introducción	1
II. Argumentos de los participantes	4
A. <i>Alegaciones de error presentadas por el Japón – Apelante</i>	4
1. Párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo MSF</i>	4
2. Párrafo 7 del artículo 2 del <i>Acuerdo MSF</i>	5
3. Artículo 7 y párrafo 1 del Anexo B del <i>Acuerdo MSF</i>	6
4. Carga de la prueba	7
5. Artículo 11 del ESD	8
B. <i>Argumentos de los Estados Unidos – Apelado</i>	8
1. Párrafo 2 del artículo 2 del <i>Acuerdo MSF</i>	8
2. Párrafo 7 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	9
3. Artículo 7 y párrafo 1 del Anexo B del <i>Acuerdo MSF</i>	10
4. Carga de la prueba	10
5. Artículo 11 del ESD	11
C. <i>Alegaciones de error formuladas por los Estados Unidos – Apelante</i>	11
1. Párrafo 7 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	11
2. Párrafo 6 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	12
3. Conclusiones sobre los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos	13
4. Párrafo 1 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	14
5. Artículo 8 y párrafo 1 c) del Anexo C del <i>Acuerdo MSF</i>	15
D. <i>Argumentos del Japón como apelado</i>	15
1. Párrafo 7 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	15
2. Párrafo 6 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	15
3. Constataciones sobre los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos..	16
4. Párrafo 1 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	17
5. Artículo 8 y párrafo 1 c) del Anexo C del <i>Acuerdo MSF</i>	17
III. Argumentos de los terceros participantes	17
A. <i>Brasil</i>	17
B. <i>Comunidades Europeas</i>	18
IV. Cuestiones planteadas en esta apelación	20

	<u>Página</u>
V. El Acuerdo MSF	21
A. <i>Párrafo 2 del artículo 2.....</i>	21
B. <i>Párrafo 7 del artículo 5.....</i>	26
C. <i>Párrafo 6 del artículo 5.....</i>	29
D. <i>Artículo 7 y párrafo 1 del Anexo B.....</i>	32
E. <i>Párrafo 1 del artículo 5.....</i>	33
F. <i>Artículo 8 y párrafo 1 c) del Anexo C.....</i>	35
VI. Cuestiones generales	36
A. <i>Carga de la prueba</i>	36
B. <i>Constataciones con respecto a los albaricoques, las peras, las ciruelas y los membrillos</i>	41
C. <i>Artículo 11 del ESD</i>	44
VII. Constataciones y conclusiones	45

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Japón – Medidas que afectan a los productos agrícolas

AB-1998-8

Apelante/Apelado: Japón

Actuantes:

Apelante/Apelado: Estados Unidos

Beeby, Presidente de la Sección

Terceros participantes: Brasil y las Comunidades Europeas

Lacarte-Muró, Miembro

Matsushita, Miembro

I. Introducción

1. El Japón y los Estados Unidos apelan contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*.¹ El Grupo Especial examinó una reclamación presentada por los Estados Unidos con respecto a la prescripción impuesta por el Japón de someter a prueba y confirmar la eficacia del tratamiento de cuarentena para cada variedad de determinados productos agrícolas ("la prescripción de pruebas por variedad").

2. En virtud de la Ley de Protección Fitosanitaria de 1950² y el Reglamento de Aplicación de la Ley de Protección Fitosanitaria³ del mismo año, el Japón prohíbe la importación de ocho productos agrícolas originarios de, entre otros países, los Estados Unidos, alegando que son huéspedes potenciales del gusano de la manzana, una plaga que reviste importancia para el Japón a efectos de cuarentena. Los productos prohibidos son manzanas, cerezas, melocotones (incluidas nectarinas), nueces, albaricoques, peras, ciruelas y membrillos. La prohibición de las importaciones de estos productos puede, sin embargo, suprimirse si un país exportador propone un tratamiento de cuarentena alternativo que alcance un nivel de protección equivalente a la prohibición de las importaciones. El país exportador tiene la carga de la prueba de que el tratamiento alternativo propuesto alcanza el nivel de protección exigido. El tratamiento de cuarentena alternativo que se ha propuesto concretamente es la fumigación con bromuro de metilo, o una combinación de fumigación con bromuro de metilo y almacenamiento en frío. En 1987, el Ministerio de Agricultura, Silvicultura y Pesca del Japón estableció en dos directrices procedimientos de prueba modelo para la confirmación

¹ WT/DS76/R, de 27 de octubre de 1998.

² Ley N° 151 de 1950, promulgada el 4 de mayo de 1950; la enmienda más reciente fue introducida en 1996.

³ Orden N° 73 del Ministerio de Agricultura, Silvicultura y Pesca, sancionada el 30 de junio de 1950.

de la eficacia de este tratamiento de cuarentena alternativo: la *Directriz experimental para la supresión de la prohibición de las importaciones-Fumigación*, que describe las pruebas que se exigen para la supresión inicial de la prohibición de las importaciones con respecto a determinado producto, y la *Guía experimental para la prueba de comparación de cultivares con respecto a la mortalidad de insectos - Fumigación* ("la *Guía experimental*"), que establece la prescripción de pruebas para la aprobación de variedades adicionales de ese producto. Esta segunda prescripción constituye la prescripción de pruebas por variedad objeto de la presente diferencia.⁴ Los Estados Unidos alegaron que esta prescripción de pruebas por variedad era incompatible con las obligaciones que correspondían al Japón en virtud del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (el "*Acuerdo MSF*").

3. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (la "OMC") el 27 de octubre de 1998. El Grupo Especial constató que el Japón había procedido de forma incompatible con el párrafo 2 del artículo 2, el párrafo 6 del artículo 5 y el artículo 7 del *Acuerdo MSF*. En el párrafo 9.1 de su informe, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que el Japón:

- i) al mantener la prescripción de pruebas por variedad objeto de la diferencia con respecto a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces, procede de forma incompatible con la obligación que le corresponde en virtud del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* de no mantener medidas fitosanitarias "sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5"; y
- ii) al mantener la prescripción de pruebas por variedad objeto de la diferencia con respecto a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces, procede de forma incompatible con la obligación que le corresponde en virtud del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de "[asegurarse de que sus medidas fitosanitarias] no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección ... fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica"; y
- iii) al no haber publicado la prescripción de pruebas por variedad con respecto a ninguno de los productos en cuestión, procede de forma incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del Anexo B del *Acuerdo MSF* y, por esa razón, con las obligaciones contenidas en el artículo 7 de dicho *Acuerdo*.

⁴ Los aspectos fácticos pertinentes a esta diferencia se exponen con mayor detalle en los párrafos 2.1-2.33, así como en los párrafos 6.1-9.119 y 10.1-10.300 del Informe del Grupo Especial.

En el párrafo 9.3 de su informe el Grupo Especial hizo la siguiente recomendación:

Recomendamos que el Órgano de Solución de Diferencias pida al Japón que ponga la medida objeto de la presente diferencia en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo MSF.

4. El 24 de noviembre de 1998, el Japón notificó al Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD"), de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD"), su decisión de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, y presentó un anuncio de apelación al Órgano de Apelación con arreglo a la regla 20 de los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación ("los Procedimientos de Trabajo").⁵ El 4 de diciembre de 1998, el Japón presentó una comunicación del apelante.⁶ Los Estados Unidos también presentaron una comunicación del apelante el 9 de diciembre de 1998.⁷ Ambos participantes presentaron las respectivas comunicaciones del apelado el 21 de diciembre de 1998.⁸ El mismo día, el Brasil y las Comunidades Europeas presentaron por separado comunicaciones en calidad de terceros participantes.⁹

5. La audiencia del procedimiento de apelación se celebró el 19 de enero de 1999.¹⁰ Los participantes y terceros participantes expusieron oralmente sus argumentos y respondieron a las preguntas que les formularon los Miembros de la Sección del Órgano de Apelación que entendía en esta apelación.

⁵ WT/DS76/5.

⁶ De conformidad con el párrafo 1 de la regla 21 de los *Procedimientos de Trabajo*.

⁷ De conformidad con el párrafo 1 de la regla 23 de los *Procedimientos de Trabajo*.

⁸ De conformidad con el párrafo 1 de la regla 22 y del párrafo 3 de la regla 23 de los *Procedimientos de Trabajo*.

⁹ De conformidad con la regla 24 de los *Procedimientos de Trabajo*.

¹⁰ De conformidad con la regla 27 de los *Procedimientos de Trabajo*.

II. Argumentos de los participantes

A. Alegaciones de error presentadas por el Japón – Apelante

1. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF

6. El Japón alega que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la expresión "testimonios científicos suficientes" del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* y que, en consecuencia, se debe revocar su conclusión con respecto a dicho párrafo. Concretamente, el Japón sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al no interpretar la expresión "testimonios científicos suficientes" en relación con la fitosanitaria en cuestión, de conformidad con lo dispuesto en la norma establecida en el artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*¹¹, que estipula que los términos deben interpretarse en su contexto.

7. El Japón alega que los derechos y obligaciones básicos concernientes a los testimonios científicos previstos en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* encuentran, en principio, su fundamento en los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Japón considera, por lo tanto, que estos párrafos constituyen las disposiciones operativas clave que prescriben los requisitos específicos que debe cumplir una MSF por lo que se refiere a los principios científicos y los testimonios científicos mencionados en el párrafo 2 del artículo 2. Según el Japón, el Grupo Especial debería haber tratado las cuestiones planteadas en esta diferencia en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5, dado que los Estados Unidos no han proporcionado ninguna prueba que indique que la medida del Japón es patentemente incompatible con lo prescrito en el párrafo 2 del artículo 2.

8. El Japón sostiene que la medida en cuestión consiste en una exigencia de información para los procedimientos de aprobación, y que cualquier objeción a una exigencia de información en virtud del párrafo 2 del artículo 2 debería tener en cuenta el papel singular que cumple la información en todo proceso relativo a medidas sanitarias y fitosanitarias, así como el equilibrio adecuado que el artículo 8 del *Acuerdo MSF* intenta lograr. Según el Japón, la exigencia de información es justificable cuando existe alguna información disponible que sugiere la existencia de algún riesgo. El hecho de que la medida consista en una exigencia de información debería ser considerado al examinar la cuestión de la suficiencia.

9. El Japón observa que nada en el texto del párrafo 2 del artículo 2 sugiere que la medida deba "basarse en" testimonios científicos suficientes. Además, a juicio del Japón, el Grupo Especial

¹¹ Hecha en Viena, el 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331; 8 International Legal Materials 679.

desestimó eventualmente la exigencia de una relación racional y, en cambio, basó su conclusión con respecto al párrafo 2 del artículo 2 en una "relación de causalidad efectiva" entre las diferencias en los resultados de las pruebas y la presencia de diferencias varietales. No solamente el concepto de "relación de causalidad efectiva" tiene el efecto de una negación del principio de cautela, también constituye un concepto que no tiene ningún fundamento en el *Acuerdo MSF*.

10. En opinión del Japón, el Grupo Especial no tuvo debidamente en cuenta el principio de cautela, que fue reconocido en los informes *CE – Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas) ("Comunidades Europeas – Hormonas")*¹² y *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón ("Australia – Salmón")*.¹³ El Japón afirma que, al haber establecido legalmente la prohibición de las importaciones de plantas que son huéspedes del gusano de la manzana, se encuentra en una situación que justifica la adopción de un enfoque de cautela y que, por consiguiente, la prescripción de pruebas por variedad que el Japón establece debe ser comprendida en el contexto de dicho principio, que se refleja en la práctica de los Estados Miembros y en el *Codex Alimentarius*¹⁴, así como en las *Directrices de la FAO para el análisis del riesgo de plagas*.¹⁵

2. Párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF

11. El Japón afirma que ha cumplido la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 2 de asegurar que no se mantenga ninguna medida sin testimonios científicos suficientes, pero que incluso si ha de confirmarse la conclusión en contrario del Grupo Especial, la medida mantenida por el Japón es, en cualquier caso, compatible con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Japón discrepa con la interpretación del Grupo Especial conforme a la cual el Japón debe cumplir las prescripciones tanto de la primera como de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5. Según el Japón, la frase contenida en el párrafo 2 del artículo 2, "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5", debería interpretarse en el sentido de que se refiere a la primera frase del párrafo 7 del artículo 5, de modo que un Miembro debería estar autorizado a pretender una exención de la obligación prevista en el párrafo 2 del artículo 2 si cumple las prescripciones de la primera frase. El Japón afirma además que la prescripción de pruebas por variedad se mantiene, de cualquier modo, en consonancia con las prescripciones tanto de la primera como de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5.

¹² Adoptado el 13 de febrero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R.

¹³ Adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS18/AB/R.

¹⁴ *Principios generales para el uso de aditivos alimentarios*, Codex Alimentarius, Vol. A1. 1995.

¹⁵ *Normas internacionales para medidas fitosanitarias Sección I – Reglamentación para la importación, Directrices para el análisis del riesgo de plagas*, Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 1996.

12. Con respecto a las prescripciones de la primera frase, el Japón rechaza el argumento de los Estados Unidos de que la expresión testimonios científicos insuficientes, que figura en la primera frase del párrafo 7 del artículo 5, se refiere a una situación en la que la cantidad de testimonios resulta insuficiente para realizar una evaluación del riesgo. El Japón alega que si se aceptara este argumento, debería interpretarse que el concepto de "suficiencia" tiene diferentes significados en el párrafo 2 del artículo 2 y en el párrafo 7 del artículo 5, y ello, según el Japón, no puede ser.

13. En lo tocante a la prescripción de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5, "tratarán de obtener la información adicional", el Japón sostiene que esta exigencia se cumple acumulando información a través de la experiencia de las importaciones efectuadas de variedades. En opinión del Japón, la reunión de datos a través de la experiencia responde al texto expreso de esa prescripción. La segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 obliga a los Miembros a "tratar" de obtener información, pero no exige resultados efectivos.

14. Con respecto a la prescripción de la segunda frase, "revisar" la MSF provisional "en un plazo razonable", el Japón alega que la razonabilidad del plazo debe juzgarse según la medida de que se trate y el tiempo necesario para la reunión de información. El "plazo razonable" debe ser tal que permita contar con el tiempo necesario para acumular conocimientos a través de la experiencia. El Japón también afirma que, dado que la obligación relativa a los testimonios científicos suficientes se estableció por primera vez en el *Acuerdo MSF*, el plazo razonable debería, en consecuencia, comenzar a contarse a partir de enero de 1995, fecha en la que entró en vigor dicho *Acuerdo*.

3. Artículo 7 y párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF

15. El Japón sostiene que las "reglamentaciones" a las que se hace referencia en el primer párrafo del Anexo B se limitan a instrumentos jurídicamente exigibles y, en consecuencia, quedan excluidas las directrices aplicables a las pruebas por variedad. El Japón observa que la nota al primer párrafo del Anexo B, en la que se define el concepto de "reglamentaciones", hace referencia a leyes, decretos u órdenes, y todos ellos se consideran jurídicamente exigibles. El Japón sostiene además que los precedentes citados por el Grupo Especial en apoyo de sus argumentos, y en particular los informes de los Grupos Especiales que se ocuparon de los asuntos *Japón - Comercio de semiconductores*¹⁶ y *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*¹⁷ no son pertinentes dado que no se refieren a la obligación de publicación tal como está enunciada en el artículo 7 del *Acuerdo MSF*.

¹⁶ Adoptado el 4 de mayo de 1998, IBDD 35S/130.

¹⁷ Adoptado el 22 de abril de 1998, WT/DS44/R.

4. Carga de la prueba

16. El Japón alega que la conclusión a la que llegó el Grupo Especial en relación con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, a saber, que la determinación de los niveles de sorción constituye una medida alternativa en el sentido de dicho párrafo, se basa en una constatación fáctica que no fue alegada ni probada por la parte a la que correspondía la carga de la prueba. Si bien los Estados Unidos propusieron "pruebas por producto" como su única medida alternativa en el sentido del párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial fue más allá y constató hechos que los Estados Unidos ni siquiera habían alegado que existían. El Japón afirma que esta constatación exime injustamente a los Estados Unidos de cumplir la carga de la prueba. Según el Japón, la constatación del Grupo Especial es incompatible con el ESD porque es contraria al principio relativo a la carga de la prueba establecido en el asunto *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* ("*Estados Unidos - Camisas y blusas*").¹⁸

17. El Japón sostiene que los artículos 11 y 13 del ESD no deberían leerse en el sentido de que autorizan a los Grupos Especiales a establecer hechos que no están contenidos en las argumentaciones de las partes en la diferencia ni probados por ellas. En opinión del Japón, los artículos 11 y 13 prevén un papel muy convencional de órgano judicial. Si el Grupo Especial estuviese facultado a constatar hechos materiales a pesar de la ausencia de cualquier argumento o prueba de las partes, la norma de la carga de la prueba quedaría privada de todo significado. El Japón también alega que, en un caso sumamente técnico, una investigación fáctica osada por parte de un Grupo Especial no técnico puede fácilmente ir en detrimento de una evaluación objetiva de los hechos.

18. El Japón alega además que si el Grupo Especial está autorizado a constatar hechos que no han sido aducidos ni probados por el reclamante, debería estar también obligado a constatar hechos que sirvan a la réplica no aducidos ni probados por el reclamante. El Japón, en su comunicación escrita, sostiene que no se le dio ninguna oportunidad de manifestar su posición con respecto a si la determinación de los niveles de sorción era una medida razonablemente disponible y significativamente menos restrictiva del comercio que la actual prescripción de pruebas por variedad aplicada por el Japón. En la audiencia, no obstante, el Japón dijo que si bien podía formular algunas observaciones tras haber leído el informe provisional del Grupo Especial, se le había dado muy poco tiempo como para formular observaciones sobre las sugerencias concretas de medidas alternativas.

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

5. Artículo 11 del ESD

19. El Japón alega que la conclusión del Grupo Especial adoptada a la luz del párrafo 2 del artículo 2 desestima o distorsiona las pruebas que tuvo ante sí, y por ello infringe el artículo 11 del ESD. El Japón sostiene que el Grupo Especial no hizo un examen adecuado de las pruebas, que citó las opiniones de los expertos en forma arbitraria y que su evaluación de las pruebas fue contradictoria. El Japón afirma que esto es suficiente para revocar las conclusiones del Grupo Especial pues revela la falta de una evaluación objetiva de los hechos, como lo exige el artículo 11 del ESD.

B. *Argumentos de los Estados Unidos – Apelado*

1. Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF

20. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial constató correctamente que el Japón mantenía la prescripción de pruebas por variedad sin testimonios científicos suficientes porque no existía una "relación objetiva y racional" entre la medida fitosanitaria y los testimonios científicos, tal como lo requiere el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos afirman que la crítica del Japón de las conclusiones adoptadas por el Grupo Especial hace omiso de la advertencia del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*¹⁹ en el sentido de que el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* se deben leer constantemente juntos. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial no incurrió en error al basarse en el análisis que hizo el Órgano de Apelación al amparo del párrafo 1 del artículo 5 cuando interpretó la obligación de no mantener una MSF sin testimonios científicos suficientes. De cualquier modo, la norma de la "relación objetiva o racional" sancionada por el Grupo Especial no representa nada más que una prescripción de mínima importancia.

21. Con respecto al principio de cautela, los Estados Unidos alegan que el Japón pone demasiado énfasis en las conclusiones del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*²⁰, y observan que en ese caso el Órgano de Apelación previno en contra de la utilización de dicho principio como argumento para justificar MSF que fuesen por otros motivos incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos señalan que incluso si los testimonios científicos son insuficientes con arreglo al párrafo 2 del artículo 2, un Miembro puede adoptar sin

¹⁹ *Comunidades Europeas – Hormonas, supra*, nota 12.

²⁰ *Ibid.*

embargo una medida provisional si se hayan cumplido las condiciones del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

22. Los Estados Unidos afirman que el Japón sólo puede conjeturar posibles diferencias entre las variedades que podrían afectar la eficacia del tratamiento. Esas conjeturas no dan lugar más que a incertidumbres teóricas, y el Japón no puede justificar su medida sobre esta base.

23. Con respecto a la relación entre el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5, los Estados Unidos alegan que si bien el párrafo 1 del artículo 5 puede ayudar a interpretar el párrafo 2 del artículo 2, nada de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 apoya la conclusión del Japón en el sentido de que "la aplicación directa del párrafo 2 del artículo 2 debería limitarse a situaciones evidentemente incompatibles con la prescripción de "suficiencia". Los Estados Unidos observan además que el párrafo 1 del artículo 5 no especifica por sí solo la cantidad de testimonios científicos exigidos para una evaluación del riesgo. En cambio, esta exigencia se encuentra en el párrafo 2 del artículo 2.

24. Los Estados Unidos discrepan con el Japón en que la prescripción de pruebas por variedad constituya una "exigencia de información" a efectos de los "procedimientos de aprobación", en el sentido del párrafo 1 c) del Anexo C del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos sostienen que la prescripción de pruebas por variedad no tiene por objeto obtener información pertinente, dado que no está destinada a proporcionar información pertinente a la cuestión de si existen o no diferencias de sorción significativas entre las variedades.

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

25. A la afirmación del Japón de que la prescripción de pruebas por variedad es compatible con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, los Estados Unidos responden alegando que la prescripción de pruebas por variedad establecida por el Japón no reúne los requisitos de ese párrafo. Los Estados Unidos sostienen que es necesario cumplir ambas frases del párrafo 7 del artículo 5 a fin de poder ampararse en la exención del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Por lo tanto, no hay ningún fundamento, según los Estados Unidos, para que el Japón pretenda que puede acogerse a una exención de la obligación que le corresponde en virtud del párrafo 2 del artículo 2 cuando cumple únicamente las prescripciones de la primera frase del párrafo 7 del artículo 5. La referencia que se hace en el párrafo 2 del artículo 2 al párrafo 7 del artículo 5 no está circunscrita ni limitada exclusivamente a la primera frase del párrafo 7 del artículo 5. La segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 limita la facultad de los Miembros de mantener indefinidamente medidas provisionales. Sin esta limitación, el párrafo 2 del artículo 2 quedaría vacío de contenido.

26. Los Estados Unidos sostienen que la información buscada y obtenida por el Japón no era pertinente para probar las conjeturas del Japón con respecto a la posible existencia de diferencias de sorción entre las variedades. En opinión de los Estados Unidos, el párrafo 7 del artículo 5 puede no decir nada con respecto a los procedimientos concretos de recolección de información, pero exige concretamente que el Japón trate de obtener la información necesaria para realizar una evaluación del riesgo más objetiva. La obligación de revisar la medida en un plazo razonable no debería examinarse separadamente de la cuestión relativa a si el Miembro está tratando o no de reunir información adicional. El Japón no ha tratado de obtener información directamente pertinente a esa revisión, y de esa forma se ha cerrado la posibilidad de revisar la prescripción de pruebas por variedad.

27. Según los Estados Unidos, la alegación del Japón en el sentido de que las referencias a la suficiencia en el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 7 del artículo 5 deben tener el mismo alcance es incorrecta. La referencia a la suficiencia del párrafo 7 del artículo 5 se relaciona con la suficiencia de las pruebas para realizar una evaluación de riesgo. En el momento en que se adopta la medida provisional, falta la información necesaria para realizar una evaluación objetiva del riesgo. Si hubiese información suficiente para realizar la evaluación y esa evaluación indicara que la medida no se justifica, el Miembro que no pudiese adoptar una medida en virtud del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* no debería estar facultado para adoptar una medida "provisionalmente" en virtud del párrafo 7 del artículo 5. De otro modo, perdería significado la obligación establecida en el párrafo 1 del artículo 5.

3. Artículo 7 y párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo MSF

28. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial observó correctamente que la definición de reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias no prescribe que esas medidas deban ser exigibles jurídicamente. Los Estados Unidos sostienen que la apelación del Japón contra la conclusión adoptada por el Grupo Especial en relación con el artículo 7 del *Acuerdo MSF* se apoya en la afirmación no fundada ni explicada de que sólo son pertinentes a esta diferencia las interpretaciones del artículo X del GATT que hicieron Grupos Especiales anteriores. Además, los Estados Unidos afirman que la prescripción de pruebas por variedad es obligatoria, y por ello, desde la perspectiva de los exportadores, no se diferencia de una medida "jurídicamente exigible".

4. Carga de la prueba

29. Con respecto a la cuestión de las medidas alternativas en el contexto del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, los Estados Unidos observan que hicieron hincapié en el concepto de "pruebas por producto" en los argumentos que formularon en relación con dicho párrafo porque dicha alternativa cumple los requisitos establecidos en esa disposición y porque no existen testimonios

científicos en apoyo de pruebas de sorción incluso limitadas. Esto no modifica el hecho de que las alegaciones y pruebas presentadas por los Estados Unidos en este caso sustentaban una presunción *prima facie* en virtud del párrafo 6 del artículo 5 con respecto a las pruebas de sorción. Conforme a los Estados Unidos, el Grupo Especial no emprendió independientemente la exploración de esferas fácticas que ya no hubiesen sido contempladas, sea en forma directa o indirecta, por los Estados Unidos, ni consideró argumentos jurídicos que no hubiesen sido específicamente expuestos por los Estados Unidos.

30. Los Estados Unidos afirman que el Japón no ha identificado, ni puede identificar, ninguna disposición del ESD que apoye su alegación en el sentido de que debería prohibirse a los Grupos Especiales investigar los hechos presentados por las partes o llegar a una constatación con respecto a los hechos distinta de la propugnada por una de las partes cuando las pruebas fácticas que tuviese ante sí el Grupo Especial lo justificasen. En opinión de los Estados Unidos, el artículo 11 del ESD permite claramente a los Grupos Especiales intentar aclarar los argumentos fácticos y jurídicos de las partes y tratar de conocer los hechos necesarios que permitan una "evaluación objetiva del asunto que se [les] haya sometido...". Si no fuera así, el artículo 13 del ESD no indicaría que "[c]ada Grupo Especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente". Por lo tanto, a juicio de los Estados Unidos, el Japón propugna una limitación de la investigación fáctica del Grupo Especial que no está justificada por las disposiciones del ESD.

31. Con respecto a la afirmación del Japón de que no se le ha dado la oportunidad de manifestar su posición con respecto a la medida alternativa, los Estados Unidos alegan que el Japón tuvo oportunidades más que suficientes para refutar los hechos constatados por el Grupo Especial sobre la base de las declaraciones de los expertos, pero optó por no hacerlo.

5. Artículo 11 del ESD

32. Los Estados Unidos afirman que para constatar una violación del artículo 11 del ESD es preciso demostrar que el Grupo Especial "desestimó deliberadamente", "se negó a considerar", "deliberadamente distorsionó" o "tergiversó" las pruebas que tenía ante sí. Según los Estados Unidos, el Japón no ha satisfecho este riguroso criterio.

C. *Alegaciones de error formuladas por lo Estados Unidos - Apelante*

1. Párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF

33. Los Estados Unidos alegan que si el Órgano de Apelación revocara la conclusión del Grupo Especial relacionada con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, debería, sin embargo, llegar a la

conclusión de que el Japón no cumplió las prescripciones de dicho párrafo porque: la información científica pertinente es, de hecho, suficiente; la prescripción de pruebas por variedad no ha sido adoptada sobre la base de la información pertinente disponible; y la prescripción de pruebas por variedad no es "provisional".

34. Los Estados Unidos sostienen que a fin de que una medida pueda imponerse en forma provisional, la cantidad de testimonios científicos pertinentes debe ser insuficiente como para realizar una evaluación del riesgo. Con respecto a la cuestión de la eficacia del tratamiento de cuarentena y a la necesidad de pruebas por variedad, los Estados Unidos estiman que hay una cantidad suficiente de pruebas, de modo que en este caso no se presenta una situación en la que los testimonios científicos pertinentes son insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos afirman que la prescripción de pruebas por variedad no es en absoluto provisional. Afirman además que, si bien la obligación del Japón de cumplir las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5 ha nacido el 1º de enero de 1995, ello no modifica el hecho de que la medida en cuestión ha estado en vigor por lo menos 30 años.

2. Párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

35. Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial incurrió en error al no haber constatado que "las pruebas por productos" no alcanzan el nivel adecuado de protección del Japón. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial adoptó un criterio de "riesgo no hipotético", que se erige como un obstáculo insuperable para las partes que intentan demostrar que una medida alternativa alcanza el nivel adecuado de protección establecido por un Miembro, criterio que fue rechazado por el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas – Hormonas*.²¹ Los Estados Unidos estiman, por lo tanto, que el Órgano de Apelación debería completar el análisis basado en el criterio correcto y llegar a la conclusión de que "las pruebas por productos" constituyen una medida alternativa en el sentido del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

36. Los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que modifique la conclusión del Grupo Especial en relación con el párrafo 6 del artículo 5 para aclarar que se trata de una conclusión de alternativa, aplicable únicamente si el Órgano de Apelación revoca la conclusión del Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos estiman necesario aclarar la relación entre la conclusión del Grupo Especial relacionada con el párrafo 2 del artículo 2 y la relacionada con el párrafo 6 del artículo 5 para evitar confusiones en el proceso de aplicación y asegurar una solución positiva de la diferencia. Según los Estados Unidos, la medida alternativa

²¹ *Comunidades Europeas – Hormonas, supra*, nota 12.

identificada por el Grupo Especial, es decir, "la determinación de los niveles de sorción", constituye una forma de pruebas por variedad, y no hay testimonios suficientes como para seguir aplicando pruebas por variedad. Los Estados Unidos están preocupados porque la conclusión del Grupo Especial en relación con el párrafo 6 del artículo 5 podría llevar al Japón a la conclusión de que puede adoptar la opción de la "determinación de los niveles de sorción" incluso cuando esta opción sea incompatible con el párrafo 2 del artículo 2.

3. Conclusiones sobre los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos

37. En lo que respecta a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al no hacer extensivas sus conclusiones, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* a esos cuatro productos. En opinión de los Estados Unidos, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos no pudieron efectuar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 en lo que respecta a esos productos, basándose en la inexistencia de información o de estudios específicamente relacionados con éstos. No obstante, actualmente no existe ninguna información ni estudios de ese tipo.

38. Los Estados Unidos afirman que las constataciones del Grupo Especial con respecto a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos se basan en una lógica contradictoria y una interpretación legalmente incorrecta de la presunción *prima facie* exigida por los Estados Unidos. Según los Estados Unidos, la contradicción existente en el razonamiento del Grupo Especial se pone de manifiesto a la vista de su decisión. El Grupo Especial constató que puesto que existían pruebas insuficientes de la existencia o importancia de diferencias varietales, éste no podía constatar que los testimonios fuesen insuficientes. Además, los Estados Unidos alegan que, basándose en la interpretación del Grupo Especial, las partes reclamantes deberían probar algo negativo basándose en pruebas afirmativas, a saber, probar que no existen testimonios científicos que avalen la adopción de una medida. Atenerse a esta interpretación representa una carga imposible para las partes reclamantes, convirtiendo la obligación dimanada del párrafo 2 del artículo 2 en inaplicable. Esto exigiría también a las partes reclamantes demostrar la ausencia de riesgos hipotéticos, un enfoque que el Órgano de Apelación ya ha rechazado.

39. Los Estados Unidos sostienen que cumplieron la carga de la prueba en relación con todos los productos, puesto que demostraron que el Japón no había proporcionado ningún testimonio científico que apoyase la adopción de su medida. El Grupo Especial parece que ha exigido a los Estados Unidos que aporten pruebas en relación con cada producto, refutando así de forma específica la conjetura del Japón de que la variedad es importante.

40. Según los Estados Unidos, en el análisis efectuado por el Grupo Especial del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* no existe ningún elemento que limite su aplicabilidad a ningún conjunto de productos comprendidos en el mandato del Grupo Especial. En consecuencia, el Grupo Especial incurrió en error limitando el alcance de sus constataciones en virtud del párrafo 6 del artículo 5 puesto que no existían estudios que hiciesen relación específica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos. En opinión de los Estados Unidos, la inexistencia de esos estudios carece de pertinencia para el examen efectuado por el Grupo Especial de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5.

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

41. La posición de los Estados Unidos es que si el Órgano de Apelación no hace extensivas las conclusiones del Grupo Especial a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, o si revoca las constataciones del Grupo Especial al amparo del párrafo 2 del artículo 2 en respuesta a la apelación del Japón, éste deberá finalizar el análisis jurídico de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y constatar que la prescripción de pruebas por variedad viola esa norma. La ausencia de pruebas debería haber inducido al Grupo Especial a constatar que la prescripción de pruebas por variedad no se basa en una evaluación del riesgo, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5, y que el Órgano de Apelación debería ahora constatarlo así.

42. En opinión de los Estados Unidos, no es suficiente que, tras una evaluación del riesgo, se concluya que exista la *posibilidad* de entrada. Una evaluación adecuada del riesgo debe evaluar la "*likelihood*", es decir, la "*probability*" [probabilidad] de entrada. Si no existen testimonios científicos en relación con los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, toda evaluación realizada únicamente podrá concluir que existe la posibilidad hipotética de un riesgo de ese tipo. Los Estados Unidos sostienen que la evaluación del riesgo del Japón guarda un silencio absoluto sobre el riesgo que se está debatiendo en este asunto, es decir, el riesgo de entrada, radicación o propagación de la plaga de los gusanos de la manzana debido a diferencias varietales que pueden afectar la eficacia del tratamiento de cuarentena.

43. Los Estados Unidos sostienen que una evaluación del riesgo deberá tomar en consideración la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una plaga "de conformidad con las medidas sanitarias o fitosanitarias que podrían aplicarse". En la evaluación del riesgo efectuada por el Japón se debería haber debatido, pero no se hizo, la necesidad de las pruebas por variedad, y su eficacia, en la reducción de los riesgos conexos a la entrada, radicación o propagación del gusano de la manzana. Tampoco evaluó ni comparó la eficacia de otras medidas tales como pruebas basadas en productos o gestión integrada del riesgo de plagas. Además, los Estados Unidos afirman que, contrariamente a lo

que afirma el Japón, su evaluación del riesgo no se hizo de conformidad con las *Directrices de la FAO para el análisis del riesgo de plagas*.

44. Los Estados Unidos opinan que el razonamiento anterior es aplicable a todos los productos; ni la pretendida evaluación del riesgo del Japón ni el hecho de que éste no tomase en consideración los riesgos asociados con las diferencias por variedad, están relacionados con ningún producto específico.

5. Artículo 8 y párrafo 1 c) del Anexo C del Acuerdo MSF

45. En el supuesto de que el Órgano de Apelación acepte el argumento del Japón de que la prescripción de pruebas por variedad constituye una exigencia de información en el sentido del párrafo 1 c) del Anexo C del Acuerdo MSF, y considere que es conforme al párrafo 2 del artículo 2, los Estados Unidos sostienen que, no obstante, el Órgano de Apelación deberá constatar que la medida es incompatible con el artículo 8 y el párrafo 1 c) del Anexo C, que exige a los Miembros que no se exija más información "de la necesaria a efectos de los procedimientos de control, inspección y aprobación apropiados". Los Estados Unidos cuestionan que la prescripción de pruebas por variedad del Japón sea conforme con esta obligación puesto que ésta no se limita a lo necesario.

D. *Argumentos del Japón como apelado*

1. Párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF

46. En relación con el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Japón alega que ninguno de los argumentos presentados por los Estados Unidos refutan ninguno de los argumentos esgrimidos por el Japón en su comunicación como apelante. El Japón señala que si bien los Estados Unidos tratan de definir la suficiencia en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 como una insuficiencia de testimonios científicos pertinentes para poder efectuar una evaluación del riesgo, el concepto de suficiencia debería interpretarse como que es el mismo en el párrafo 2 del artículo 2 y en el párrafo 7 del artículo 5. El Japón señala también que el propio Grupo Especial reconoció la existencia de algunos testimonios científicos que permitían satisfacer la exigencia de la primera frase del párrafo 7 del artículo 5.

2. Párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF

47. El Japón sostiene que la alegación de los Estados Unidos con respecto a la medida alternativa constituye una reclamación en cuanto a los hechos que no está sujeta a examen en apelación, puesto que trata exclusivamente de la evaluación de las pruebas por el Grupo Especial.

48. En opinión del Japón, los Estados Unidos aducen nueve argumentos que constituyen principalmente un intento de poner en tela de juicio el nivel adecuado de protección del Japón, pero que, como prueba en cuanto a los hechos, no consiguen demostrar la incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El nivel de protección por sí mismo no puede ser incompatible con el *Acuerdo MSF* en ausencia de discriminación o de restricción encubierta del comercio internacional.

49. El Japón refuta también la afirmación de los Estados Unidos de que las constataciones dimanadas del párrafo 6 del artículo 5 constituirían necesariamente una alternativa a las conclusiones del párrafo 2 del artículo 2. Según el Japón, los Estados Unidos tratan de equiparar el "nivel adecuado de protección" que el Miembro importador puede establecer con la "justificación científica". El Japón aduce que la "suficiencia" de los testimonios científicos en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 deberá determinarse en relación con la medida en cuestión, lo que implica que los mismos testimonios científicos puedan ser suficientes para un determinado fin, pero no para otro. Según el Japón, las conclusiones del Grupo Especial sobre el párrafo 2 del artículo 2 se limitan a la prescripción de pruebas por variedad descrita en los párrafos 23 y 24 del artículo 2 del informe del Grupo Especial. Pueden existir otras medidas varietales que el Grupo Especial constate que son conformes al párrafo 2 del artículo 2. Por consiguiente, el Japón afirma que las constataciones del Grupo Especial dimanadas del párrafo 2 del artículo 2 y las del párrafo 6 del artículo 5 no son incompatibles entre sí.

3. Constataciones sobre los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos

50. El Japón afirma que la alegación de error formulada por los Estados Unidos con respecto a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos es una reclamación en cuanto a los hechos que no está sujeta a examen en apelación. El Japón afirma que la alegación de los Estados Unidos puede reducirse a un argumento de que la falta de pruebas de existencia de diferencia varietal en los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos sería suficiente para formular una presunción *prima facie*. Como tal, esta alegación refuta la evaluación en cuanto a los hechos de los testimonios presentados por el Grupo Especial y no suscita cuestión jurídica alguna. El Japón aduce además que la falta de testimonios científicos en lo que respecta a esos productos básicos no constituye base alguna para formular una presunción *prima facie*. El Japón opina que la parte reclamante debería y puede probar que tales testimonios o pruebas no son necesarios. Al deber actuar así no se plantea el problema de demostrar lo contrario. El Japón alega que lo que los Estados Unidos tratan de probar no es una presunción *prima facie*, por lo que en ausencia de pruebas afirmativas presentadas por los Estados Unidos, no deberá exigirse al Japón que su defensa sea afirmativa.

51. En lo que respecta a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, no es posible establecer una constatación de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5. Dado que no existen datos

pertinentes, es imposible encontrar una alternativa que permita al Japón lograr el nivel adecuado de protección.

4. Párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo MSF

52. El Japón afirma que cumple plenamente los requisitos de una evaluación del riesgo, y que ha evaluado la *probabilidad* de entrada, radicación o propagación del gusano de la manzana en el Japón, como se expuso en su *Evaluación del riesgo de plaga del gusano de la manzana de 1996*. El Japón sostiene que esta evaluación del riesgo se llevó a cabo de conformidad con las *Directrices de la FAO para el análisis del riesgo de plagas*. Según el Japón, su evaluación del riesgo tomó en consideración la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la plaga debido a una posible falta de eficacia, en la medida en que se disponía de testimonios científicos pertinentes.

53. El Japón afirma también que es imposible efectuar constatación alguna de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 en lo que respecta a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos puesto que no existen datos ni tratamiento pertinentes.

5. Artículo 8 y párrafo 1 c) del Anexo C del Acuerdo MSF

54. El Japón afirma que no sostuvo que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* no era aplicable a una exigencia de información. El argumento del Japón es que el tipo o la caracterización de una MSF afectará a la cuestión de la suficiencia de testimonios científicos de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2.

55. El Japón señala asimismo que la alegación de los Estados Unidos de que la prescripción de pruebas por variedad es de hecho innecesaria estaba claramente en contradicción con la opinión del Grupo Especial. Según el Japón, el Grupo Especial indicó, en relación con el párrafo 6 del artículo 5, que no estaba convencido de disponer de testimonios suficientes de que las pruebas por producto alcanzasen el nivel de protección del Japón en relación con cualquiera de los productos en cuestión.

III. Argumentos de los terceros participantes

A. *Brasil*

56. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, el Brasil no está de acuerdo con la declaración del Japón de que la prescripción de pruebas por variedad es una exigencia de información que debería constatarse que se mantiene con testimonios científicos suficientes en el sentido del párrafo 2 del artículo 2. En opinión del Brasil la frase "testimonios científicos suficientes" significa que deben existir pruebas suficientes que avalen una MSF adoptada por un Miembro. El Brasil tampoco está de acuerdo con el intento del Japón de comparar su prescripción de pruebas por

variedad con las prácticas del *Codex Alimentarius* concernientes a las pruebas toxicológicas de todo nuevo aditivo alimentario.

57. Acerca de la cuestión de las exigencias del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Brasil dice que el Japón actúa incorrectamente al afirmar que basta cumplir las exigencias de la primera frase del párrafo 7 del artículo 5. El Brasil opina que el Grupo Especial entiende acertadamente que el Japón no cumplió dos de las exigencias estipuladas en el párrafo 7 del artículo 5 y, consiguientemente, no estaba facultado a gozar de la excepción estipulada en esa disposición.

58. En relación con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Brasil afirma que el Grupo Especial incurrió en error al no constatar que la medida alternativa de las "pruebas por producto" se ajustaría a los niveles adecuados de pruebas del Japón, puesto que los testimonios científicos habían demostrado que esta medida alternativa permitiría la protección adecuada contra la infestación con gusano de la manzana de los cultivos de frutas japoneses.

59. En lo que respecta al artículo 7 del *Acuerdo MSF*, el Brasil conviene con el Grupo Especial en que "... una medida del gobierno no obligatoria también está sujeta a las disposiciones de la OMC cuando el cumplimiento de la misma sea necesario para obtener una ventaja del gobierno o, en otras palabras, si existen suficientes incentivos o desincentivos como para acatarla".

60. El Brasil afirma que el Grupo Especial debería haber concluido que la falta de pruebas en lo que respecta a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos constituye por sí misma la prueba de que la medida se basa en testimonios científicos insuficientes. Según el Brasil, las conclusiones del Grupo Especial parecen favorecer a un Miembro importador que carezca de pruebas en apoyo de su medida impugnada.

B. *Comunidades Europeas*

61. En lo que respecta al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas afirman que las pruebas empíricas presentadas por los Estados Unidos son útiles, pero no suficientes, para satisfacer la carga de la prueba de los Estados Unidos ni para refutar la presunción de conformidad con el *Acuerdo MSF* de la medida objeto de litigio. Según las normas de la carga de la prueba, el Grupo Especial debería haber dictaminado que los Estados Unidos no han cumplido su carga de la prueba.

62. La opinión de las Comunidades Europeas es que, si bien las disposiciones sobre la carga de la prueba en virtud del párrafo 2 del artículo 2 deberían haber permitido al Grupo Especial rechazar las reclamaciones de los Estados Unidos, el Grupo Especial, en su lugar, estableció una nueva prueba jurídica basada en que, para juzgar la suficiencia de los testimonios científicos, el Miembro que

mantuviese la medida debería establecer una "relación de causalidad efectiva" entre la medida y los testimonios científicos sobre cuya base se mantiene. El alegato de las Comunidades Europeas es que exigir una "relación de causalidad efectiva" es contrario al texto, objeto, finalidad e historial preparatorio del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Además, las Comunidades Europeas afirman que la prueba de la "relación de causalidad efectiva" tiene un menor alcance que la prueba de relación racional adoptada por el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*.²² En opinión de las Comunidades Europeas, la interpretación sistemática del párrafo 2 del artículo 2 y del párrafo 1 del artículo 5 en contexto no pone de manifiesto que el requisito mínimo de la "suficiencia" de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2, debería ser más restrictivo que el aplicado para decidir si una MSF "está basada" en una evaluación del riesgo.

63. Según las Comunidades Europeas, puesto que el concepto de riesgo y evaluación del riesgo en el *Acuerdo MSF* tiene carácter cualitativo y no cuantitativo, la palabra "suficiente" no puede interpretarse como que haga referencia al aspecto cuantitativo, sino a los aspectos cualitativos de los testimonios científicos utilizados por los organismos de reglamentación de un determinado Miembro.

64. En lo que concierne al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas afirman que la primera frase del párrafo 7 del artículo 5 establece las prescripciones para que entre en funcionamiento el párrafo 7 del artículo 5 y, por ello, la negativa del Grupo Especial a examinar si la medida objeto del litigio satisface todas las condiciones del párrafo 7 del artículo 5 es, en principio, insatisfactoria.

65. Las Comunidades Europeas sostienen que, contrariamente a las alegaciones de los Estados Unidos, un volumen insuficiente de información pertinente puede probarse no sólo cuando el Miembro que recurra a esta disposición no pueda llevar a cabo una evaluación del riesgo sino también cuando la evaluación del riesgo ponga de relieve que los testimonios científicos pertinentes son, por ejemplo, insuficientes, contradictorios, no concluyentes o poco claros. La mención explícita hecha del párrafo 7 del artículo 5 en el párrafo 2 del artículo 2 significa que las condiciones para la aplicación de una disposición necesariamente afectan a la aplicación de la otra.

66. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la obligación de "tratar de obtener la información adicional" significa que la información necesaria debe ser suficientemente específica. El texto del párrafo 7 del artículo 5 no estipula un procedimiento para obtener información.

²² *Comunidades Europeas - Hormonas, supra*, nota 12.

67. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial incurrió en error al suponer que la exigencia de examinar la medida dentro de un "período de tiempo razonable" era aplicable también al período de tiempo anterior a la entrada en vigor del *Acuerdo MSF*, o que no era razonable un período de cuatro años en la aplicación de una medida. En opinión de las Comunidades Europeas, la obligación de tratar de obtener información no exige que se obtengan resultados reales dentro de un período de tiempo específico. Como alegó el Japón, deberá determinarse qué se entiende por período de tiempo razonable en función del riesgo de que se trate y de la índole de la MSF que deba adoptarse para lograr el nivel de protección sanitaria del Miembro.

68. En lo que concierne al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas convienen con el Grupo Especial en que existe una medida alternativa, a saber, la "determinación de los niveles de sorción", que puedan obtenerse razonablemente, que sean muchos menos restrictivos del comercio y que permitan lograr el nivel de protección fitosanitaria del Japón.

69. Con respecto al artículo 7 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas convienen con el Grupo Especial en que la prescripción de pruebas por variedad impuesta por el Japón constituye una medida fitosanitaria de conformidad con la terminología del Anexo B del *Acuerdo MSF* y, consiguientemente, debe ser publicada a fin de ajustarse a la exigencia de transparencia estipulada en el artículo 7.

70. Con respecto al artículo 8 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas coinciden con los Estados Unidos en que la medida objeto de litigio es incompatible con el párrafo 1 c) del Anexo C y con el artículo 8 del *Acuerdo MSF*.

IV. Cuestiones planteadas en esta apelación

71. En esta apelación se plantean las cuestiones siguientes:

- a) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al concluir que la prescripción de pruebas por variedad se mantiene sin testimonios científicos suficientes en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*;
- b) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho en su aplicación del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y en su constatación de que no se han cumplido las prescripciones de la segunda frase de dicho párrafo;

- c) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al no constatar que las "pruebas por producto" alcanzan el nivel adecuado de protección del Japón, tal como lo prescribe el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;
- d) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al formular una constatación al amparo del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* con respecto a la "determinación de los niveles de sorción" independientemente de haber constatado o no que la prescripción de pruebas por variedad era incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*;
- e) si el Grupo Especial interpretó correctamente el ámbito de aplicación de la prescripción relativa a la publicación, establecida en el párrafo 1 del Anexo B del *Acuerdo MSF*;
- f) si la prescripción de pruebas por variedad es compatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;
- g) si la prescripción de pruebas por variedad es compatible con el artículo 8 y el párrafo 1 c) del Anexo C del *Acuerdo MSF*;
- h) si el Grupo Especial llegó a su constatación en relación con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* con respecto a la "determinación de los niveles de sorción" en forma compatible con las normas sobre la carga de la prueba;
- i) si el Grupo Especial incurrió en error de derecho al no extender sus constataciones de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* a la prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos; y
- j) si la conclusión del Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* es incompatible con el artículo 11 del ESD.

V. El Acuerdo MSF

A. Párrafo 2 del artículo 2

72. El párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* estipula en la parte pertinente que:

Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria ... no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.

El Grupo Especial constató que la prescripción de pruebas por variedad del Japón aplicada a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces se mantiene sin testimonios científicos suficientes y, consiguientemente, es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.²³ El Japón apela contra esta constatación. En su opinión, el Grupo Especial incurrió en error de derecho al constatar que la prescripción de pruebas por variedad "se mantenía sin testimonios científicos suficientes" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2.

73. La apelación del Japón plantea la cuestión del significado de la frase "se mantenga sin testimonios científicos suficientes" contenida en el párrafo 2 del artículo 2 y, en particular, el significado de la palabra "suficientes". El sentido ordinario de "suficiente" es "de una cantidad, ámbito o alcance adecuados para un determinado fin u objeto".²⁴ De ello podemos concluir que "cantidad suficiente" es un concepto de relación, que exige la existencia de una relación suficiente o adecuada entre dos elementos, *in casu*, entre la MSF y los testimonios científicos.

74. El contexto de la palabra "suficiente" o, en términos más generales, la frase "se mantenga sin testimonios científicos suficientes" del párrafo 2 del artículo 2 comprende el párrafo 1 del artículo 5 así como el párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

75. El párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* exige que una medida sanitaria o fitosanitaria esté basada en una evaluación del riesgo. Como afirmamos en nuestro informe en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*:

... el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5 se deben leer constantemente juntos. El párrafo 2 del artículo 2 inspira al párrafo 1 del artículo 5: los elementos que definen la obligación básica establecida en el párrafo 2 del artículo 2 dan sentido al párrafo 1 del artículo 5.²⁵

76. En ese informe, constatamos que:

... el párrafo 1 del artículo 5, cuando se lee dentro del contexto como debe ser, conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* e inspirado por él, exige que los resultados de la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente -es decir, apoyen razonablemente- la medida sanitaria o fitosanitaria que está en juego. El requisito de que una medida sanitaria o fitosanitaria "se base en" una evaluación

²³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.43.

²⁴ C.T. Onions (ed.), *The Shorter Oxford English Dictionary*, Tercera Edición (1983), página 2180.

²⁵ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 12, párrafo 180.

del riesgo es un requisito sustantivo de que exista una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo.²⁶

Convenimos con el Grupo Especial en que esta exposición sirve de orientación para la interpretación de la obligación contenida en el párrafo 2 del artículo 2 de que no se mantenga una MSF sin testimonios científicos suficientes.²⁷

77. Consideramos también útil en la interpretación del párrafo 2 del artículo 2 y, especialmente, en relación con el significado de la palabra "suficiente" recordar la declaración siguiente sobre el párrafo 1 del artículo 5 hecha en nuestro informe en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*:

El párrafo 1 del artículo 5 no exige que la evaluación del riesgo tenga que plasmar necesariamente sólo la opinión de una mayoría de la comunidad científica competente. ... En la mayoría de los casos, los gobiernos responsables y representativos suelen basar sus medidas legislativas y administrativas en la opinión científica "principal". En otros casos, gobiernos igualmente responsables y representativos pueden actuar de buena fe sobre la base de lo que puede ser, en un momento dado, una opinión discrepante procedente de fuentes competentes y respetadas.²⁸

78. Además, en nuestro informe en el asunto *Australia - Salmón*, afirmamos, en relación con el párrafo 1 del artículo 5:

... no es suficiente que una evaluación del riesgo llegue a la conclusión de que existe una "possibility" [posibilidad] de entrada, radicación o propagación Una adecuada evaluación del riesgo de este tipo debe evaluar la "likelihood", es decir, la "probability" [probabilidad] de entrada, radicación o propagación²⁹

También aclaramos en el mencionado informe que *alguna* evaluación de la probabilidad no sería suficiente.³⁰

79. Como mencionamos anteriormente, el contexto de la frase "no se mantenga sin testimonios científicos suficientes" contenida en el párrafo 2 del artículo 2 incluye también el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 3, los Miembros pueden introducir o mantener una MSF que se traduzca en un mayor nivel de protección del que podría lograrse mediante la introducción de una medida basada en una norma internacional pertinente, *inter*

²⁶ *Comunidades Europeas - Hormonas, supra*, nota 12, párrafo 193.

²⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.29.

²⁸ *Comunidades Europeas - Hormonas, supra*, nota 12, párrafo 194.

²⁹ *Australia - Salmón, supra*, nota 13, párrafo 123.

³⁰ *Australia - Salmón, supra*, nota 13, párrafo 124.

alia, "si existe una justificación científica" y la medida no es incompatible con ninguna otra disposición del *Acuerdo MSF*. En el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*, afirmamos:

... la nota al párrafo 3 del artículo 3 ... define la "justificación científica" como un "examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo ...".³¹

Afirmamos también que:

ese examen y evaluación parecen participar de la naturaleza de la evaluación del riesgo exigido en el párrafo 1 del artículo 5 y definida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.³²

En nuestra opinión, existe una "justificación científica" para una MSF, en el sentido del párrafo 3 del artículo 3, si existe una relación racional entre la MSF objeto de litigio y la información científica disponible.

80. Por último, es evidente que el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, al que el párrafo 2 del artículo 2 hace referencia explícitamente, es parte del contexto de la última disposición y debería considerarse en la interpretación de la obligación que no mantiene una MSF a menos que existan documentos científicos suficientes. El párrafo 7 del artículo 5 permite a los Miembros adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes" y se cumplan ciertos otros requisitos.³³ El párrafo 7 del artículo 5 constituye una exención *cualificada* de la obligación dimanada del párrafo 2 del artículo 2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes. Una interpretación excesivamente amplia y flexible de esa obligación privaría de su sentido al párrafo 7 del artículo 5.

81. Tomamos nota del argumento del Japón de que el requisito del párrafo 2 del artículo 2 de no mantener una MSF sin testimonios científicos suficientes debe interpretarse a la luz del principio de cautela. En nuestro informe en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*³⁴, manifestamos que el principio de cautela se encuentra reflejado en el preámbulo, párrafo 3 del artículo 3 y párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y que ese principio:

... no ha sido incluido en el texto del *Acuerdo* como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones de dicho Acuerdo.

³¹ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 12, párrafo 175.

³² *Ibid.*

³³ Véase *infra*, párrafo 89.

³⁴ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 12, párrafo 124.

82. No estamos de acuerdo con la propuesta del Japón de que la aplicación directa del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* debe limitarse a situaciones en que los testimonios científicos son "manifiestamente" insuficientes, y que la cuestión planteada en esta controversia debería haber sido tratada de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. No hay nada en el texto ni en el párrafo 2 del artículo 2 o el párrafo 1 del artículo 5 o en ninguna otra disposición del *Acuerdo MSF* que prescriba o sancione esa limitación del alcance del párrafo 2 del artículo 2. Por el contrario, el párrafo 2 del artículo 2 establece, como el título del artículo 2 indica, "derechos y obligaciones básicos". En nuestro informe en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*, expresamos nuestra conformidad con una declaración del Grupo Especial en ese asunto en el sentido de que el párrafo 1 del artículo 5 puede contemplarse como una aplicación específica de las obligaciones *básicas* contenidas en el párrafo 2 del artículo 2.³⁵ Esta afirmación no puede posiblemente interpretarse como apoyo para limitar el alcance del párrafo 2 del artículo 2 "a favor" del párrafo 1 del artículo 5. Además, conviene señalar que ya manifestamos lo siguiente en nuestro informe en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*:

Por supuesto nos sorprende que el Grupo Especial no comenzara su análisis de todo el caso centrando su atención en el artículo 2, que se titula "Derechos y Obligaciones Básicos", enfoque que, desde el punto de vista lógico, parece atractivo.³⁶

83. Tampoco estamos de acuerdo con el alegato del Japón de que el Grupo Especial "en última instancia" aplicó una norma diferente de su norma de "relación racional", es decir, la norma de la "relación de causalidad real". En nuestro entendimiento, el Grupo Especial hace referencia, en el párrafo 8.42 de su informe, a la ausencia de una relación de causalidad real entre las diferencias de pruebas en relación con los valores CxT y LD₅₀ y las diferencias varietales como una muestra o una indicación convincente de la ausencia de una relación racional entre la MSF y los testimonios científicos.

84. A la luz de las consideraciones anteriores basadas en el texto y en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que la obligación dimanada del párrafo 2 del artículo 2 de que no se mantenga una MSF sin testimonios científicos suficientes exige que exista una relación racional u objetiva entre la MSF y los testimonios científicos.³⁷ La determinación de la existencia de una relación racional entre una MSF y los testimonios científicos se efectuará caso por caso y dependerá de las circunstancias específicas del

³⁵ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 12, párrafo 180.

³⁶ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 12, párrafo 250.

³⁷ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.29 y 8.42.

caso, especialmente de las características de la medida objeto de litigio y de la calidad y cantidad de los testimonios científicos.

85. Por consiguiente, rechazamos la apelación del Japón acerca de esta cuestión y nos inclinamos por la constatación del Grupo Especial contenida en el párrafo 8.43 de su informe de que la prescripción de pruebas por variedad aplicada a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces se mantiene sin testimonios científicos suficientes en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

B. *Párrafo 7 del artículo 5*

86. Como se examinó anteriormente, el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* estipula que los Miembros no deberán mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes, "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5". Para avalar su prescripción de pruebas por variedad, el Japón invocó el párrafo 7 del artículo 5 ante el Grupo Especial.

El párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* dice lo siguiente:

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

87. El Grupo Especial constató que el Japón no había cumplido los requisitos contenidos en la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5. No examinó si la prescripción de pruebas por variedad del Japón cumplía los requisitos de la primera frase del párrafo 7 del artículo 5. A este respecto, el Grupo Especial dijo:

... consideramos que incluso si la prescripción de pruebas por variedad se considerara una medida provisional adoptada de conformidad con la primera frase del párrafo 7 del artículo 5, el Japón no ha cumplido las disposiciones contenidas en la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5.³⁸

88. El Japón apela contra la constatación contenida en el párrafo 7 del artículo 5. Según el Japón, el Grupo Especial incurrió en error en su aplicación del párrafo 7 del artículo 5 y en su constatación de que no se habían cumplido los requisitos de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5.

³⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.59.

89. El párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* establece cuatro requisitos que deben cumplirse para poder adoptar y mantener una MSF provisional. A tenor de la primera frase del párrafo 7 del artículo 5, un Miembro puede adoptar provisionalmente una MSF si esta medida:

- 1) se impone con respecto a una situación "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes"; y
- 2) es adoptada "sobre la base de la información pertinente de que se disponga".

De conformidad con la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5, una medida provisional de ese tipo no podrá mantenerse a menos que el Miembro que adopte la medida:

- 1) "trat[e] de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo"; y
- 2) revis[e] en consecuencia la medida ... en un plazo razonable".

Esos cuatro requisitos son claramente acumulativos por naturaleza y son igualmente importantes a efectos de determinar la conformidad con esta disposición. Cuando *uno* de esos cuatro requisitos no se cumpla, la medida objeto de litigio será incompatible con el párrafo 7 del artículo 5.

90. La propuesta del Japón de que la frase "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5" contenida en el párrafo 2 del artículo 2 hace referencia únicamente a la primera frase del párrafo 7 del artículo 5, y que, por consiguiente, un Miembro estará facultado para alegar que está exento de la obligación dimanada del párrafo 2 del artículo 2 cuando cumpla los requisitos de la primera frase, carece de fundamento a tenor del enunciado del párrafo 2 del artículo 2 y del párrafo 7 del artículo 5. Por el contrario, el párrafo 2 del artículo 2 hace referencia al párrafo 7 del artículo 5 en conjunto y el párrafo 7 del artículo 5 vincula la primera y la segunda frase con los términos "en *tales* circunstancias" (la cursiva es nuestra).

91. Nuestra conclusión es pues que el Grupo Especial no incurrió en error en su aplicación del párrafo 7 del artículo 5 al examinar en primer lugar si la prescripción de pruebas por variedad cumplía los requisitos de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5. Una vez probado que los requisitos de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 no se cumplían, no era necesario que el Grupo Especial examinase los requisitos de la primera frase.³⁹

³⁹ En el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, informe adoptado el 23 de julio de 1998, WT/DS69/AB/R, párrafo 135, afirmamos que "así como los grupos especiales tienen facultades discrecionales para tratar únicamente las *alegaciones* que hayan de abordarse para resolver el asunto de que se trate, los grupos especiales también tienen facultades discrecionales para tratar únicamente los *argumentos* que estimen necesarios para resolver una alegación en concreto. Mientras del informe del grupo especial se desprenda claramente que éste ha examinado razonablemente una alegación, el hecho de que un argumento en particular relativo a esa alegación no se aborde específicamente en

92. En cuanto a la cuestión de determinar si el Grupo Especial incurrió en error en su constatación de que el Japón no había actuado coherentemente con los requisitos de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5, observamos que la primera parte de la segunda frase estipula que el Miembro que adopte una MSF provisional "tratará de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo". Ni el párrafo 7 del artículo 5 ni ninguna otra disposición del *Acuerdo MSF* estipulan requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma. Además, el párrafo 7 del artículo 5 no especifica qué resultados en cuanto a los hechos deben alcanzarse; la obligación es "tratar de obtener" información adicional. No obstante, la mencionada disposición dice que debe tratarse de obtener información adicional a fin de permitir a los Miembros realizar "una evaluación más objetiva del riesgo". Por consiguiente, la información buscada debe permitir efectuar esa evaluación del riesgo, es decir, la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de, *in casu*, una plaga, en función de las medidas sanitarias o fitosanitarias que podrían aplicarse. Observamos que el Grupo Especial constató que los estudios realizados por el Japón no "examinan la procedencia" de la MSF objeto de debate y no tratan la cuestión fundamental de determinar si "las características varietales causan una divergencia en la eficacia de la cuarentena".⁴⁰ A la luz de esta constatación, expresamos nuestra conformidad con el Grupo Especial en que el Japón no trató de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo.

93. La segunda parte de la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 estipula que los Miembros que adopten una MSF provisional "revisarán en consecuencia la medida ... en un plazo razonable". En nuestra opinión, 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 las MSF provisional. En el asunto que nos ocupa, el Grupo Especial constató que la obtención de la información adicional necesaria podría llevarse a cabo con relativa facilidad.⁴¹ Si bien la obligación "de examinar" la prescripción de pruebas por variedad existe únicamente desde el 1º de enero de 1995, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que el Japón no revisó su prescripción de pruebas por variedad "en un plazo razonable".⁴²

la sección "Constataciones" de su informe no entraña por sí mismo que el Grupo Especial haya incumplido el deber de hacer una "evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido" como requiere el artículo 11 del ESD".

⁴⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.56.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Informe del Grupo Especial, párrafo 8.58.

94. Por consiguiente, sostenemos la constatación del Grupo Especial de que aun cuando la prescripción de pruebas por variedad se considerase una medida provisional adoptada de conformidad con la primera frase del párrafo 7 del artículo 5 el Japón no ha cumplido los requisitos exigidos en la segunda frase del mencionado artículo.

C. *Párrafo 6 del artículo 5*

95. El párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* prohíbe la adopción de medidas sanitarias o fitosanitarias que entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr el nivel adecuado de protección de los Miembros. De conformidad con la nota al párrafo 6 del artículo 5, se considera que una medida entraña un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando existe otra medida sanitaria o fitosanitaria que:

- 1) sea razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica;
- 2) se consiga el nivel adecuado de protección de los Miembros; y
- 3) sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.⁴³

Como afirmamos en nuestro informe en el asunto *Australia - Salmón*, esos tres elementos son acumulativos.⁴⁴

96. Los Estados Unidos objetaron ante el Grupo Especial que las "pruebas por producto" de la eficacia del tratamiento de cuarentena son una medida alternativa en el sentido del párrafo 6 del artículo 5. El Grupo Especial estuvo de acuerdo con los Estados Unidos en que las "pruebas por producto" son una medida razonablemente disponible, habida cuenta de la viabilidad técnica y económica.⁴⁵ También estuvo conforme con que las "pruebas por producto" son una medida significativamente menos restrictiva del comercio que la prescripción de las pruebas por variedad.⁴⁶ Sin embargo, en relación con el elemento restante en virtud del párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial concluyó que:

... tras haber examinado cuidadosamente todas la pruebas que se nos han presentado a la luz de las opiniones que nos transmitieron los expertos que asesoran al Grupo Especial, no estamos convencidos de que tengamos ante nosotros suficientes pruebas

⁴³ *Australia - Salmón supra*, nota 13, párrafo 194.

⁴⁴ *Australia - Salmón, supra*, nota 13, párrafo 194.

⁴⁵ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.78.

⁴⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.79.

como para constatar que las pruebas por producto conseguirán el nivel adecuado de protección establecido por el Japón para cualquiera de los productos en cuestión.⁴⁷

97. Los Estados Unidos apelan contra esta constatación. En su opinión, el Grupo Especial incurrió en error de derecho al no constatar que las "pruebas por producto" consiguen el nivel adecuado de protección establecido por el Japón. Los Estados Unidos afirman que, al concluir que las declaraciones del Dr. Ducom, uno de los expertos que asesora al Grupo Especial⁴⁸, son suficientes para excluir la constatación de que las "pruebas por producto" logren el nivel adecuado de protección establecido por el Japón, el Grupo Especial efectivamente adoptó un criterio "de riesgo no hipotético".⁴⁹ De conformidad con los Estados Unidos, rechazamos esa norma en nuestro informe en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*. Además, los Estados Unidos objetan que una norma "de riesgo no hipotético" constituye un obstáculo insalvable para las partes que tratan de demostrar que una medida alternativa alcanza un nivel de protección adecuado de los Miembros.⁵⁰

98. Contrariamente a la afirmación estadounidense, el Grupo Especial no basó su conclusión concerniente a las "pruebas por producto", de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5, exclusivamente en la declaración del Dr. Ducom. El Grupo Especial declaró explícitamente, en el

⁴⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.84.

⁴⁸ El párrafo 8.83 del informe del Grupo Especial dice, en la parte pertinente, como sigue:

No obstante, por lo menos uno de los expertos que asesoran al Grupo Especial indicó con igual claridad que la alternativa estadounidense de aplicar un tratamiento a todas las variedades, incluidas aquellas que se desarrollen en el futuro, tampoco cuenta con ninguna base científica hasta la fecha. En su respuesta a la pregunta 16 del Grupo Especial, el Dr. Ducom dice:

"Las razones aducidas por el Japón para solicitar que se realicen ensayos en las distintas variedades no están avaladas por datos científicos. Se basan en unos pocos datos experimentales en los que se aprecian diferencias varietales, con respecto a la DL₅₀, entre otros muchos datos en los que no existen esas diferencias ...

Las razones dadas por los Estados Unidos se basan en un gran número de experimentos, utilizados en su totalidad por el Japón.

Aunque en varias ocasiones se han manifestado diferencias en función de la variedad, en todos los casos la prueba confirmatoria ha revelado una eficacia suficiente. La extrapolación a todas las variedades disponibles no es más científica que la afirmación contraria del Japón. Este tipo de extrapolaciones está más en la línea de la intuición. Es una lástima que no haya un programa de investigación sobre el tema, a fin de poder presentar alguna prueba científica."

⁴⁹ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 38.

⁵⁰ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 39.

párrafo 8.84 del informe del Grupo Especial ⁵¹, que examinó cuidadosamente todas las pruebas que se les habían presentado a la luz de las opiniones que les transmitieron los expertos y que posteriormente llegó a la conclusión de que no estaba convencido de que existiesen pruebas suficientes para constatar que las "pruebas por producto" alcanzasen el nivel de protección adecuado establecido por el Japón. A nuestro entender, la apelación de los Estados Unidos, básicamente, refuta el examen y la valoración por el Grupo Especial de las pruebas que le fueron presentadas. Como manifestamos en el informe sobre el asunto *Australia - Salmón*, el examen y la valoración por el Grupo Especial de las pruebas correspondían a su evaluación de los hechos y, por consiguiente, no estaban comprendidas en el ámbito del examen en apelación, conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.⁵²

99. Además, no alcanzamos a comprender cómo el Grupo Especial habría adoptado "efectivamente" una norma de "riesgo no hipotético" concluyendo que la declaración del Dr. Ducom⁵³ es suficiente para excluir la constatación de que las "pruebas por producto" no consiguen el nivel de protección adecuado establecido por el Japón.

100. Por consiguiente, rechazamos la apelación de los Estados Unidos contra la constatación del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5 en lo que concierne a las "pruebas por producto".

101. Además de apelar contra la constatación del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5 en lo que concierne a las "pruebas por producto", los Estados Unidos solicitan también una modificación de la constatación por el Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5, en relación con la "determinación de los niveles de sorción" a fin de aclarar si esta constatación es una medida alternativa, pertinente únicamente si el Órgano de Apelación quisiese refutar la constatación del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2. No obstante, en el párrafo 131 de este informe refutamos las constataciones del Grupo Especial de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5 en lo que concierne a la "determinación de los niveles de sorción". Por consiguiente, no vemos la necesidad de tratar de nuevo el argumento alternativo planteado aquí por los Estados Unidos concerniente a la relación entre las constataciones del Grupo Especial de incompatibilidad en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 y su constatación de incompatibilidad de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5.

⁵¹ Véase *supra*, párrafo 96.

⁵² *Australia - Salmón*, *supra*, nota 13, párrafo 261.

⁵³ Véase *supra*, nota 48.

D. *Artículo 7 y párrafo 1 del Anexo B*

102. El artículo 7 del *Acuerdo MSF*, denominado "Transparencia", dice:

Los Miembros notificarán las modificaciones de sus medidas sanitarias o fitosanitarias y facilitarán información sobre sus medidas sanitarias o fitosanitarias de conformidad con las disposiciones del Anexo B.

El párrafo 1 del Anexo B del *Acuerdo MSF* estipula:

Los Miembros se asegurarán de que todas las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias que hayan sido adoptadas se publiquen prontamente de manera que los Miembros interesados puedan conocer su contenido.

En una nota a este párrafo, las *reglamentaciones* sanitarias y fitosanitarias a los que se aplica este requisito de publicación se definen así:

Medidas sanitarias y fitosanitarias tales como leyes, decretos u órdenes que sean de aplicación general.

103. En el párrafo 8.111 del informe del Grupo Especial, éste constató:

Aunque la prescripción de pruebas por variedad no sea obligatoria -dado que los países exportadores pueden demostrar la eficacia de la cuarentena por otros medios- a nuestro juicio, constituye una "reglamentación fitosanitaria" sujeta a la prescripción de publicación establecida en el Anexo B.

Posteriormente el Grupo Especial, en el párrafo 8.116 de su informe, concluyó que:

... el Japón, al no haber publicado la prescripción de pruebas por variedad, procede de manera incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 1 del Anexo B del *Acuerdo MSF* y, por esa razón, con las obligaciones que le corresponden en virtud del artículo 7 de ese Acuerdo.

104. El Japón apela contra esta constatación. En su opinión, las "reglamentaciones" mencionadas en el párrafo 1 del Anexo B se limitan a instrumentos legalmente aplicables. El Japón alega que la prescripción de pruebas por variedad, plasmada en la *Guía Experimental*⁵⁴ no constituye un instrumento legalmente aplicable y, por consiguiente, no entra dentro del ámbito de aplicación de la prescripción de publicación del párrafo 1 del Anexo B.

105. Consideramos que la lista de instrumentos contenidos en la nota al párrafo 1 del Anexo B es, como se desprende de los términos "tales como", no exhaustiva. El ámbito de aplicación de la prescripción de publicación no se limita a "leyes, decretos u órdenes", sino que incluye, en nuestra

⁵⁴ Véase *supra*, párrafo 2.

opinión, otros instrumentos que son aplicables por lo general y que tienen carácter similar a los instrumentos mencionados explícitamente en la lista ilustrativa de la nota al párrafo 1 del Anexo B.

106. El objeto y la finalidad del párrafo 1 del Anexo B es "que los Miembros interesados puedan conocer el contenido" de las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias adoptadas o mantenidas por otros Miembros, y aumentar así la transparencia en lo que respecta a esas medidas. En nuestra opinión, el ámbito de aplicación de la exigencia de publicación del párrafo 1 del Anexo B debe interpretarse a la luz del objeto y finalidad de esta disposición.

107. Observamos que es indiscutible que la prescripción de pruebas por variedad es aplicable en términos generales. Además, consideramos a la luz del efecto real de la prescripción de pruebas por variedad en los países exportadores, como el Grupo Especial examinó en los párrafos 8.112 y 8.113 de su informe, que este instrumento tiene carácter similar a las leyes, decretos u órdenes, que son los instrumentos mencionados explícitamente en la nota al párrafo 1 del Anexo B.

108. Por esas razones, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que la prescripción de pruebas por variedad, como se establece en la *Guía experimental*, constituye una reglamentación fitosanitaria en el sentido del párrafo 1 del Anexo B y, por consiguiente, avala la constatación del Grupo Especial de que el Japón ha actuado de forma incompatible con esta disposición y con el artículo 7 del *Acuerdo MSF*.

E. *Párrafo 1 del artículo 5*

109. El Grupo Especial no realizó ninguna constatación de la conformidad de la prescripción de pruebas por variedad del Japón con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En el párrafo 8.63 del Informe del Grupo Especial, éste manifestó:

Dado que hemos constatado *supra* que la prescripción de pruebas por variedad infringe el párrafo 2 del artículo 2, no consideramos necesario seguir examinando si también debe basarse en una evaluación del riesgo de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 ni determinar si la presente diferencia está basada en esa evaluación.

110. Los Estados Unidos, en su comunicación como apelante, nos instaron a "finalizar el análisis del párrafo 1 del artículo 5 y constatar que la prescripción de pruebas por variedad viola esa disposición", en el supuesto de que no hagamos extensivas las constataciones del Grupo Especial en virtud del párrafo 2 del artículo 2 a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, o en el supuesto de que refutemos la constatación del Grupo Especial de que la prescripción de pruebas por variedad

aplicada a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces no es compatible con el párrafo 2 del artículo 2.⁵⁵

111. Observamos que existe un error de lógica en la constatación del Grupo Especial contenida en el párrafo 8.63. El Grupo Especial manifestó que había constatado anteriormente en su informe que la prescripción de pruebas por variedad viola el párrafo 2 del artículo 2 y, por consiguiente, no era necesario examinar si la medida objeto de litigio se basaba en una evaluación del riesgo a tenor del párrafo 1 y del párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. No obstante, observamos que la constatación del Grupo Especial de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 únicamente hacía referencia a la prescripción de pruebas por variedad en la medida en que se aplicaba a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces.⁵⁶ En lo concerniente a la prescripción de pruebas por variedad aplicada a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, el Grupo Especial constató que las pruebas de que disponía eran insuficientes para concluir que esta medida no era conforme con el párrafo 2 del artículo 2. Por consiguiente, el Grupo Especial incurrió en un error de lógica cuando afirmó, en términos generales, que no era necesario examinar si la prescripción de pruebas por variedad era conforme al párrafo 1 del artículo 5 puesto que este requisito ya había quedado demostrado que era incompatible con el párrafo 2 del artículo 2. En lo que respecta a la prescripción de pruebas por variedad aplicada a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, existía aún una necesidad patente de examinar si esta medida era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5. Al no formular ninguna constatación en virtud del párrafo 1 del artículo 5 en lo que respecta a la prescripción de pruebas por variedad aplicada a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, el Grupo Especial aplicó inadecuadamente el principio de economía procesal.⁵⁷ Consideramos que la constatación hecha de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 concerniente a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos es necesaria "a fin de hallar una solución positiva" a las diferencias.⁵⁸

112. Consideramos adecuado que finalicemos el análisis jurídico y examinemos si la prescripción de pruebas por variedad en cuanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos es conforme al párrafo 1 del artículo 5. Como ya señalamos anteriormente, el párrafo 1 del artículo 5

⁵⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 62.

⁵⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.43.

⁵⁷ Conviene señalar que el Grupo Especial, en el párrafo 8.6 de su informe, declaró que, a la luz de su mandato, se le instó a "examinar la [prescripción de pruebas por variedad] en cuanto se aplica a todos los productos abarcados por la medida impugnada", es decir, las manzanas, cerezas, albaricoques (incluidas nectarinas), nueces, *albaricoques, peras, ciruelas y membrillos*.

⁵⁸ *Australia - Salmón, supra*, nota 13, párrafo 223.

exige que las medidas sanitarias o fitosanitarias estén basadas en una evaluación del riesgo.⁵⁹ En nuestro informe en el asunto Australia - Salmón, afirmamos con respecto al tipo de evaluación del riesgo requerido en este asunto:

... una evaluación del riesgo a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 debe:

- 1) *identificar* las enfermedades cuya entrada, radicación o propagación un Miembro desea evitar en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades;
- 2) *evaluar la probabilidad* de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y
- 3) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades *según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse*.⁶⁰

113. El alegato del Japón ante el Grupo Especial es que su prescripción de pruebas por variedad se basa en la *evaluación del riesgo de plagas de 1996 del gusano de la manzana* (la "*evaluación del riesgo de 1996*").⁶¹ No obstante, observamos que la evaluación del riesgo de 1996 no examina ni siquiera hace referencia a la prescripción de pruebas por variedad o a ninguna otra medida fitosanitaria que podría adoptarse para reducir el riesgo. La *evaluación del riesgo de 1996*, por consiguiente, no "evalúa la probabilidad de entrada, radicación o propagación" de la plaga del gusano de la manzana "de conformidad con las medidas sanitarias o fitosanitarias que podrían aplicarse" en el sentido del párrafo 1 del artículo 5.

114. Por consiguiente, concluimos que la prescripción de pruebas por variedad en cuanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos es incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

F. *Artículo 8 y párrafo 1 c) del Anexo C*

115. El Grupo Especial manifestó, en el párrafo 8.117 de su informe:

Habida cuenta de que hemos constatado en los párrafos precedentes que la prescripción de pruebas por variedad es incompatible con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2, el párrafo 6 del artículo 5 y el artículo 7 del *Acuerdo MSF*, no

⁵⁹ Véase *supra*, párrafo 75-78.

⁶⁰ *Australia - Salmón, supra*, nota 13, párrafo 121.

⁶¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 4.145 y siguientes.

consideramos necesario seguir examinando si dicha prescripción también es incompatible con el artículo 8, que se remite al Anexo C, de dicho Acuerdo.

116. En el supuesto de que aceptemos el argumento del Japón de que la prescripción de pruebas por variedad es una exigencia de información en el sentido del párrafo 1 c) del Anexo C, y que la medida del Japón es, por consiguiente, compatible con el párrafo 2 del artículo 2, los Estados Unidos solicitan que constatemos que la prescripción de pruebas por variedad es incompatible con el artículo 8 y el párrafo 1 c) del Anexo C del *Acuerdo MSF*.⁶²

117. Conviene señalar que los Estados Unidos no apelan contra el hecho de que el Grupo Especial no hayan formulado una constatación de conformidad con el artículo 8 y el Anexo C del *Acuerdo MSF*. No refutan la aplicación por el Grupo Especial del principio de economía procesal. Los Estados Unidos simplemente nos exponen los argumentos concernientes a la conformidad de la prescripción de pruebas por variedad del Japón con el artículo 8 y el párrafo 1 c) del Anexo C para nuestra consideración en caso de que lleguemos a la conclusión de que la prescripción de pruebas por variedad es una exigencia de información y, por consiguiente, es compatible con el párrafo 2 del artículo 2. Nosotros no hemos llegado a esa conclusión⁶³ y, por consiguiente, no consideramos necesario tratar los argumentos relativos al artículo 8 y el párrafo 1 c) del Anexo C, presentados por los Estados Unidos.

VI. Cuestiones generales

A. Carga de la prueba

118. En el párrafo 8.103 de su informe, el Grupo Especial constató lo siguiente:

... -sobre la base de las pruebas que tiene ante sí el Grupo Especial y de las opiniones de los expertos que lo asesoran- cabe presumir que existe una medida alternativa (es decir, [la "determinación del nivel de sorción"]) que reuniría todos los elementos del párrafo 6 del artículo 5.

119. En su razonamiento, el Grupo Especial indicó expresamente que el reclamante, los Estados Unidos, "no se [ocupó] concretamente" de averiguar si la "determinación de los niveles de sorción" constituye una medida alternativa en el sentido del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.⁶⁴ Con respecto al primero y el tercer elemento del párrafo 6 del artículo 5, a saber, la

⁶² Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 83.

⁶³ Véase *supra*, párrafo 85.

⁶⁴ Informe del Grupo Especial, notas 328, 332 y 333.

viabilidad económica y técnica de la medida alternativa y la cuestión con respecto a si la medida alternativa es significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF en cuestión, el Grupo Especial observó, sin embargo, que los Estados Unidos habían "expuesto opiniones compatibles" con la idea de que "la determinación del nivel de sorción" reunía estos dos elementos.⁶⁵ Con respecto al segundo elemento del párrafo 6 del artículo 5, es decir, si la medida alternativa alcanza el nivel adecuado de protección del Miembro, el Grupo Especial indicó que "los Estados Unidos ... sugieren que [la "determinación del nivel de sorción"] *conseguiría* el nivel adecuado de protección del Japón".⁶⁶ El Grupo Especial observó que los Estados Unidos sostuvieron que "las pruebas por producto" conseguirían el nivel de protección establecido por el Japón y que, dado que la determinación de los niveles de sorción "es más estricta que las pruebas por producto, cabe presumir lógicamente que los Estados Unidos consideran que esta alternativa consigue el nivel de protección establecido por el Japón".⁶⁷

120. El Japón apela contra la conclusión del Grupo Especial relativa al párrafo 6 del artículo 5 en lo que respecta a la "determinación de los niveles de sorción" alegando que esa conclusión es contraria a las normas sobre la carga de la prueba, tal como las formuló el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas*.⁶⁸ A juicio del Japón, los Grupos Especiales no pueden constatar hechos que no han sido aducidos ni probados por las partes.⁶⁹ El Japón afirma que el Grupo Especial "exime en forma bastante injusta a los Estados Unidos de cumplir la carga de la prueba asignada".⁷⁰

121. Con respecto a las normas sobre la carga de la prueba, en nuestro informe sobre el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas* declaramos lo siguiente:

... diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, [han] aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho –sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los

⁶⁵ Informe del Grupo Especial, párrafos 8.91 y 8.95. El Grupo Especial observó, en las notas 328 y 332, que había considerado todos los demás argumentos de los Estados Unidos y que ninguno de ellos se oponía a la idea de que la determinación de los niveles de sorción sería viable desde el punto de vista técnico y económico y resultaría significativamente menos restrictiva del comercio que la prescripción de pruebas por variedad.

⁶⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.98.

⁶⁷ Informe del Grupo Especial, nota 333.

⁶⁸ Comunicación del apelante, presentada por el Japón, párrafo 91.

⁶⁹ Comunicación del apelante, presentada por el Japón, párrafo 90.

⁷⁰ *Ibid.*

ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el common law y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.⁷¹

122. Con respecto a las normas sobre la carga de la prueba en los procedimientos relacionados con el *Acuerdo MSF*, en nuestro informe sobre el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas* observamos que en ese caso el Grupo Especial había descrito en forma adecuada la cuestión de la carga de la prueba como una cuestión que revestía particular importancia, en vista de las múltiples y complejas cuestiones de hecho que pueden surgir en las diferencias planteadas en relación con ese Acuerdo.⁷² Por otra parte, como señalamos en *Comunidades Europeas - Hormonas*, las normas de la carga de la prueba son normas "aplicables en cualquier procedimiento contencioso".⁷³ Por lo tanto, coincidimos con el Grupo Especial que se ocupó de ese caso en el sentido de que, en los procedimientos relacionados con el *Acuerdo MSF*:

[i]nicialmente la carga de prueba corresponde al reclamante, que debe acreditar *prima facie* la incompatibilidad con determinada disposición del *Acuerdo MSF* en que haya incurrido el demandado, o más concretamente, la incompatibilidad de las medidas sanitarias o fitosanitarias del demandado contra las cuales reclama. Cuando ello se haya acreditado *prima facie*, la carga de la prueba se desplaza al demandado, que debe a su vez contrarrestar o refutar la incompatibilidad alegada.⁷⁴

123. En esta diferencia, los Estados Unidos alegaron que la prescripción de pruebas por variedad entraña un grado de restricción del comercio mayor del requerido para conseguir el nivel adecuado de protección establecido por el Japón y que, por lo tanto, dicha prescripción es incompatible con el párrafo 6 del artículo 5. Como ya se indicó *supra*⁷⁵ una medida se considera más restrictiva de lo requerido cuando existe otra MSF:

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

⁷¹ *Estados Unidos - Camisas y blusas, supra*, nota 18, párrafo 16.

⁷² *Comunidades Europeas - Hormonas, supra*, nota 12, párrafo 97.

⁷³ *Comunidades Europeas - Hormonas, supra*, nota 12, párrafo 98.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Véase *supra*, párrafo 95.

124. Como se señaló *supra*, los Estados Unidos alegaron que "las pruebas por producto" constituyen una medida alternativa que reúne los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5. No obstante, el Grupo Especial no estaba convencido de que hubiese suficientes testimonios suficientes para constatar que las "pruebas por producto" conseguirían el nivel adecuado de protección establecido por el Japón.⁷⁶

125. El Grupo Especial centró luego su atención en una medida alternativa que había sido *sugerida* por lo expertos que asesoraban al Grupo Especial, es decir, la "determinación de los niveles de sorción".⁷⁷ El Grupo Especial explicó que *deducía* esta medida alternativa de las respuestas escritas de los expertos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, así como de las declaraciones hechas por los expertos en la reunión con el Grupo Especial.⁷⁸ Observamos que el Grupo Especial afirmó expresamente que los Estados Unidos, en su carácter de reclamante, no *alegaron concretamente* que la "determinación de los niveles de sorción" cumplía los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5.⁷⁹ Sobre la base de las pruebas que tenía ante sí, incluidas sus deducciones de las opiniones expresadas por los expertos⁸⁰, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que cabía presumir que la "determinación del nivel de sorción era una medida alternativa que reuniría todos los elementos del párrafo 6 del artículo 5".⁸¹ El Grupo Especial señaló que los Estados Unidos habían expuesto "opiniones compatibles con" el argumento de que esta medida alternativa cumplía los

⁷⁶ Los Estados Unidos apelan contra esta conclusión, pero nosotros la hemos confirmado (*supra*, párrafo 100).

⁷⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.74.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Informe del Grupo Especial, notas 328, 332 y 333. Véase *supra*, párrafo 119.

Observamos que los Estados Unidos, en su comunicación del apelado, párrafo 79, declararon que "ponían el acento en las pruebas por producto en los argumentos que habían aducido en relación con el párrafo 6 del artículo 5 porque esta alternativa cumplía lo prescrito en dicho párrafo, y porque *no existen testimonios científicos en apoyo de pruebas de sorción incluso limitadas*" (itálicas añadidas).

También observamos que los Estados Unidos declararon ante el Grupo Especial, en sus observaciones sobre las respuestas de los expertos, que no era necesario que en el contexto de esta diferencia los Estados Unidos se ocuparan de los fundamentos de "la determinación de los niveles de sorción", ni de si estaba o no comprendido en el mandato del Grupo Especial formular constataciones con respecto a la eficacia comparada de tratamientos alternativos propuestos por los expertos técnicos.

⁸⁰ Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 8.92 y 8.93 (con respecto al primer elemento) y el párrafo 8.100 (con respecto al segundo elemento).

⁸¹ Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 8.94 (con respecto al primer elemento), párrafo 8.97 (con respecto al tercer elemento), párrafo 8.101 (con respecto al segundo elemento) y párrafo 8.103 (con respecto a los tres elementos).

elementos primero y tercero del párrafo 6 del artículo 5 y habían "sugerido" que cumpliría el segundo elemento.⁸²

126. De conformidad con las normas sobre la carga de la prueba indicadas *supra*, consideramos que correspondía a los Estados Unidos acreditar *prima facie* que existe una medida alternativa que reúne los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5 a fin de establecer una presunción *prima facie* de incompatibilidad con dicho párrafo. Dado que los Estados Unidos ni siquiera alegaron ante el Grupo Especial que la "determinación de los niveles de sorción" constituye una medida alternativa que cumple los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5, opinamos que los Estados Unidos no establecieron una presunción *prima facie* de que "la determinación de los niveles de sorción" es una medida alternativa en el sentido del párrafo 6 del artículo 5.

127. En el párrafo 7.10 de su Informe el Grupo Especial declaró:

Consideramos que, al decidir si un hecho o una alegación pueden ser ... aceptados, se nos exige examinar y ponderar todas las pruebas que válidamente se nos hayan presentado, incluidas las opiniones emitidas por los expertos que asesoran al Grupo Especial de conformidad con el artículo 13 del ESD.

Estamos de acuerdo con ello. El artículo 13 del ESD permite que un Grupo Especial recabe *información* de cualquier fuente pertinente y consulte a expertos individuales o a entidades especializadas para obtener su *opinión* sobre determinados aspectos del asunto que se le haya sometido. En nuestro informe sobre el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* ("*Estados Unidos - Camarones*"), señalamos el "carácter amplio" de esta facultad⁸³, y declaramos que es una facultad "indispensable" para permitir a un Grupo Especial desempeñar el cometido que le impone el artículo 11 del ESD de "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una *evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos*."⁸⁴

128. Además, observamos que la presente diferencia es una diferencia relacionada con el *Acuerdo MSF*. El párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* encomienda expresamente a los Grupos Especiales que examinan diferencias en el marco del *Acuerdo MSF* en las que se plantean cuestiones de carácter científico o técnico que "[pidan] asesoramiento a expertos".

⁸² Informe del Grupo Especial, párrafos 8.91, 8.95 y 8.98.

⁸³ Adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/AB/R, párrafo 104.

⁸⁴ *Estados Unidos - Camarones*, *supra*, nota 83, párrafo 106.

129. El artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* sugieren que los grupos especiales tienen facultades investigadoras significativas. No obstante, estas facultades no pueden ser utilizadas por un grupo especial para pronunciarse a favor de un reclamante que no haya acreditado una presunción *prima facie* de incompatibilidad sobre la base de las alegaciones jurídicas específicas que hizo valer. Un grupo especial está facultado para recabar información y asesoramiento de expertos y de cualquier otra fuente pertinente a la que decida recurrir en virtud del artículo 13 del ESD y, en un asunto relativo a medidas sanitarias o fitosanitarias, en virtud del párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF*, a fin de facilitar su comprensión y evaluación de las pruebas presentadas y los argumentos expuestos por las partes, pero no para abonar las argumentaciones del reclamante.

130. En el presente asunto, el Grupo Especial procedió correctamente cuando recabó información y asesoramiento de expertos para que lo ayudaran a comprender y evaluar la pruebas presentadas y los argumentos expuestos por los Estados Unidos y el Japón con respecto a la presunta violación del párrafo 6 del artículo 5. Sin embargo, el Grupo Especial incurrió en error cuando utilizó esa información y ese asesoramiento como base para su constatación de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5, dado que los Estados Unidos no acreditaron *prima facie* la incompatibilidad con dicho párrafo sobre la base de alegaciones relativas a la "determinación de los niveles de sorción". Los Estados Unidos ni siquiera *alegaron* que la "determinación de los niveles de sorción" constituye una medida alternativa que cumple los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5.

131. Por consiguiente, revocamos la constatación del Grupo Especial de que cabe presumir que la "determinación de los niveles de sorción" constituye una medida fitosanitaria alternativa que reúne los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5, porque se ha llegado a esta constatación de forma incompatible con las normas sobre la carga de la prueba.

B. *Constataciones con respecto a los albaricoques, las peras, las ciruelas y los membrillos*

132. Con respecto a la prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, el Grupo Especial, en el párrafo 8.45 de su informe, constató lo siguiente:

Tras un examen cuidadoso no consideramos, por lo tanto, que tengamos ante nosotros pruebas suficientes para extender la constatación que figura en el párrafo 8.43 también a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos. Solamente constatamos que el Japón mantiene la prescripción de pruebas por variedad sin suficientes testimonios científicos en lo que respecta a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces.

En el párrafo 8.104 de su informe, el Grupo Especial consideró que, por las mismas razones expuestas *supra*, no podía extender su constatación de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5 con respecto a la prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces a dicha prescripción en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos.

133. Los Estados Unidos apelan contra estas constataciones. Con respecto a la conclusión del Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2, los Estados Unidos alegan que, conforme a la interpretación de la carga de la prueba hecha por el Grupo Especial, los reclamantes deberían, sobre la base de pruebas afirmativas, demostrar algo negativo, a saber, que *no existen* testimonios científicos que apoyen determinada medida. Según los Estados Unidos, esta interpretación impone una carga imposible a los reclamantes y haría imposible exigir la aplicación del párrafo 2 del artículo 2.⁸⁵ Además, los Estados Unidos afirman que acreditaron una presunción *prima facie* en virtud del párrafo 2 del artículo 2 con respecto a todos los productos, dado que demostraron que el Japón no había proporcionado ninguna prueba concreta en apoyo de su medida.⁸⁶

134. Observamos que el Grupo Especial definió la medida en litigio, sobre la base de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por los Estados Unidos, como la prescripción de pruebas por variedad impuesta por el Japón en cuanto se aplica a los "*los productos estadounidenses en los que el Japón alega que podría existir el gusano de la manzana*".⁸⁷ Según el Japón, estos productos son: manzanas, cerezas, melocotones (incluidas nectarinas), nueces, albaricoques, peras, ciruelas y membrillos. Por lo tanto, el Grupo Especial consideró:

...que debemos examinar la medida que tenemos ante nosotros en cuanto se aplica a *todos* los productos abarcados por la medida impugnada.⁸⁸ (Itálicas añadidas.)

135. Dado que las partes habían presentado pruebas con respecto a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces, el Grupo Especial declaró que:

...[p]or lo tanto, examinaremos la medida objeto de la diferencia sobre la base de esas pruebas y nos remitiremos a los expertos que asesoran al Grupo Especial a la hora de

⁸⁵ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafos 7 y 22.

⁸⁶ Comunicación del apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 18.

⁸⁷ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.

⁸⁸ *Ibid.*

evaluar la pertinencia de esas pruebas con respecto a los demás productos abarcados por la medida objeto de la diferencia.⁸⁹

En su reunión con los expertos, el Grupo Especial les preguntó si lo que habían declarado acerca de las diferencias entre variedades de manzanas, cerezas, nectarinas y nueces también era válido con respecto a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos. El doctor Heather respondió a esta pregunta con un "sí" sin reservas y los otros dos expertos coincidieron con él.⁹⁰ Tras haber observado que los expertos no desarrollaron sus respuestas y que ninguna de las partes hizo observaciones ni presentó información adicional, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que no tenía ante sí pruebas suficientes para extender su constatación de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos.⁹¹

136. Según las normas sobre la carga de la prueba que ya examinamos *supra*⁹², correspondía a los Estados Unidos acreditar *prima facie* que la prescripción de pruebas por variedad era incompatible con el párrafo 2 del artículo 2. A estos efectos, los Estados Unidos debían aportar testimonios suficientes como para establecer una presunción de que la prescripción de pruebas por variedad se mantenía "sin testimonios científicos suficientes". Con respecto a dicha prescripción en tanto se aplica a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces, el Grupo Especial consideró que los Estados Unidos aportaron pruebas suficientes como para establecer tal presunción.⁹³ En cambio, con respecto a la prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, el Grupo Especial consideró, después de tener en cuenta tanto las pruebas presentadas por los Estados Unidos (o la falta de las mismas) como las opiniones formuladas por los expertos⁹⁴, que los Estados Unidos *no* aportaron pruebas suficientes para establecer esa presunción. Como ya hemos señalado en nuestro informe sobre el asunto *Australia - Salmón*⁹⁵, el examen y la valoración por el Grupo Especial de las pruebas que tenía ante sí correspondían a su evaluación de los hechos y,

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.45.

⁹¹ Observamos que el Grupo Especial no hizo ninguna constatación con respecto a los melocotones que no son nectarinas. Consideramos que la omisión por el Grupo Especial de una constatación con respecto a los melocotones distintos de las nectarinas, un producto también en cuestión en esta diferencia, constituye un error de derecho (véase el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, página 31). Este error de parte del Grupo Especial, sin embargo, no fue objeto de apelación por los Estados Unidos.

⁹² Véanse *supra*, párrafos 121 y 122.

⁹³ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.42.

⁹⁴ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.9.

⁹⁵ *Australia - Salmón*, *supra*, nota 13, párrafo 261.

por lo tanto, no estaban comprendidos en el ámbito del examen en apelación, conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD.

137. Por otra parte, discrepamos con los Estados Unidos en que el Grupo Especial les impuso una carga de la prueba imposible y, por lo tanto, equivocada, al exigirles que probaran algo negativo, es decir, que *no* existen estudios e informes pertinentes que apoyen la prescripción de pruebas por variedad del Japón. A nuestro juicio, hubiera sido suficiente que los Estados Unidos establecieran una presunción de que no existen estudios o informes pertinentes. Establecer una presunción en el sentido de que no hay estudios o informes pertinentes *no* constituye una carga imposible. Los Estados Unidos podían haber pedido al Japón, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, "una explicación de los motivos" de su prescripción de pruebas por variedad, en particular, en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos. En ese caso el Japón habría estado obligado a dar esa explicación. El hecho de que el Japón no presentara estudios o informes científicos en apoyo de su prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos hubiera sido una fuerte indicación de que no existían tales estudios o informes. Los Estados Unidos también podrían haber formulado a los expertos que asesoraron al Grupo Especial preguntas concretas con respecto a la existencia de estudios o informes científicos pertinentes o podrían haber presentado al Grupo Especial la opinión de expertos a los que hubiesen consultado respecto de esta cuestión. Sin embargo, los Estados Unidos no presentaron *ninguna* prueba relativa a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos.⁹⁶

138. Por lo tanto, llegamos a conclusión de que el Grupo Especial no incurrió en error de derecho al no extender su conclusión de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 a la prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos.

139. Con respecto a si el Grupo Especial debería haber extendido su conclusión de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5 a la prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, recordamos que, dado que hemos revocado la constatación de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5, no tiene sentido examinar esta cuestión.

C. *Artículo 11 del ESD*

140. El Japón alega que el Grupo Especial procedió en forma incompatible con el artículo 11 del ESD al formular su conclusión relativa al párrafo 2 del artículo 2 con respecto a la prescripción de

⁹⁶ Informe del Grupo Especial, párrafo 8.6.

pruebas por variedad en tanto se aplica a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces.⁹⁷ El artículo 11 del ESD, en la parte pertinente, dice lo siguiente:

... cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos...

El Japón sostiene que el Grupo Especial no hizo un examen adecuado de las pruebas, que citó las opiniones de los expertos de manera arbitraria y que la evaluación que hizo de las pruebas que tenía ante sí fue contradictoria.

141. Como señalamos en nuestro informe sobre el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*⁹⁸, no todos los errores de un grupo especial en la evaluación de las pruebas se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación objetiva de los hechos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD. Solamente constituye un error flagrante el no hacer una evaluación objetiva de los hechos tal como lo exige el artículo 11 del ESD.

142. En nuestra opinión, el Japón no ha demostrado que el Grupo Especial, en su examen de la compatibilidad de la prescripción de pruebas por variedad con el párrafo 2 del artículo 2, ha cometido errores de una gravedad tal como para constatar una violación del artículo 11 del ESD. Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial no abusó de sus facultades discrecionales en contra de lo prescrito en el artículo 11 del ESD.

VII. Constataciones y conclusiones

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

- a) confirma la conclusión del Grupo Especial de que la prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica a las manzanas, cerezas, nectarinas y nueces se mantiene sin testimonios científicos suficientes en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*;
- b) confirma la conclusión del Grupo Especial de que, incluso si se considera a la prescripción de pruebas por variedad como una medida provisional adoptada de conformidad con la primera frase del párrafo 7 del artículo 5, el Japón no ha cumplido las prescripciones contenidas en la segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;

⁹⁷ Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 51-55.

⁹⁸ *Comunidades Europeas - Hormonas*, *supra*, nota 12, párrafo 133.

- c) llega a la conclusión de que la consideración y ponderación por el Grupo Especial de las pruebas en apoyo de la alegación de los Estados Unidos de que las "pruebas por producto" consiguen el nivel adecuado de protección establecido por el Japón corresponde a la evaluación de los hechos por parte del Grupo Especial y, por consiguiente, está fuera del ámbito del examen en apelación;
- d) llega a la conclusión de que, habida cuenta de que hemos revocado la conclusión de incompatibilidad con respecto al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, no es necesario considerar la relación entre la conclusión de incompatibilidad formulada por el Grupo Especial con respecto al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* y su conclusión de incompatibilidad con respecto al párrafo 6 del artículo 5;
- e) confirma la conclusión del Grupo Especial de que la prescripción de pruebas por variedad, tal como ha sido establecida en la *Guía experimental*, constituye una reglamentación fitosanitaria en el sentido del párrafo 1 del Anexo B del *Acuerdo MSF*, y que el Japón ha procedido de forma incompatible con esta disposición y con el artículo 7 del *Acuerdo MSF*;
- f) constata que la prescripción de pruebas por variedad en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas, y membrillos no está basada en una evaluación del riesgo y, por lo tanto, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;
- g) concluye que no es necesario tratar la cuestión de la incompatibilidad con el artículo 8 y con el párrafo 1 c) del Anexo C del *Acuerdo MSF* dado que hemos confirmado la conclusión del Grupo Especial en relación con el párrafo 2 del artículo 2;
- h) revoca la constatación del Grupo Especial de que cabe presumir que la "determinación de los niveles de sorción" constituye una medida fitosanitaria alternativa que reúne los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, porque se llegó a esta constatación de manera incompatible con las normas sobre la carga de la prueba;
- i) concluye que el Grupo Especial no incurrió en error de derecho al no extender su conclusión de incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo 2 a la prescripción de

pruebas por variedad en tanto se aplica a los albaricoques, peras, ciruelas y membrillos, y concluye que, habida cuenta de que hemos revocado la conclusión de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5, la cuestión de extender esta conclusión pierde sentido; y

- j) concluye que el Grupo Especial no ejerció en forma abusiva su facultades discrecionales en contra de lo prescrito en el artículo 11 del ESD.

144. El Órgano de Apelación *recomienda* que el OSD pida al Japón que ponga su prescripción de pruebas por variedad, que en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por este informe se declara incompatible con el *Acuerdo MSF*, en conformidad con las obligaciones que corresponden al Japón en virtud de ese *Acuerdo*.

Firmado en el original, en Ginebra, el cuarto día de febrero de 1999 por:

Christopher Beeby
Presidente de la Sección

Julio Lacarte-Muró
Miembro

Mitsuo Matsushita
Miembro