





## ÍNDICE

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

4.	Nueva Zelandia .....	47
----	----------------------	----

IV.

## CUADRO DE ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

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

<b>Título abreviado</b>	<b>Título completo y referencia del asunto</b>
<i>Estados Unidos - Acero al carbono</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania</i> , WT/DS213/AB/R y Corr.1, adoptado el 19 de diciembre de 2002
<i>Estados Unidos - Camarones</i>	Informe del Órgano de Apelación, <i>Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de det</i>





de las restantes alegaciones basadas en otras disposiciones pues tales constataciones no ayudarían al OSD a formular sus recomendaciones y resoluciones con vistas al pronto cumplimiento por el Japón. En consecuencia, aplicando el principio de economía procesal, el Grupo Especial se abstuvo de resolver acerca de las alegaciones de los Estados Unidos basadas en los párrafos 2 y 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el párrafo 2 del artículo 4 del *Acuerdo sobre la Agricultura*, y el artículo XI del GATT de 1994.<sup>6</sup> En vista de estas constataciones, el Grupo Especial recomendó "que el Órgano de Solución de Diferencias solicite al Japón que ponga la medida fitosanitaria impugnada en conformidad con las obligaciones contraídas en virtud del *Acuerdo MSF*".<sup>7</sup>

5. El 28 de agosto de 2003, el Japón notificó al OSD su propósito de apelar ciertas cuestiones de derecho y ciertas interpretaciones jurídicas tratadas en el informe del Grupo Especial, con arreglo al artículo 16 del ESD, y presentó un anuncio de apelación conforme a

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

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

- comenzaremos con una breve reseña de los hechos y un examen del alcance de la diferencia, incluyendo la naturaleza y la historia de la enfermedad vegetal de que se trata, los productos considerados por el Grupo Especial en su análisis y la medida impugnada por los Estados Unidos<sup>15</sup>;
- expondremos seguidamente los argumentos de los participantes y los terceros participantes en la apelación;
- a continuación determinaremos las cuestiones que nos han sido sometidas en la apelación y, con ese fin, examinaremos la alegación de los Estados Unidos de que una de las cuestiones aducidas por el Japón en su comunicación del apelante no nos está sometida debidamente porque no se indicó en el anuncio de apelación presentado por el Japón;
- comenzaremos nuestra evaluación del caso examinando la alegación de los Estados Unidos, hecha en la apelación, según la cual el Grupo Especial no tenía facultades para formular constataciones acerca de manzanas distintas de las manzanas "maduras asintomáticas". Como esta alegación plantea el problema de si el Grupo Especial estaba autorizado para pronunciarse acerca de otras manzanas distintas de las "maduras asintomáticas", trataremos esta alegación como antecedente lógico de las alegaciones del Japón sobre los fundamentos de las constataciones del Grupo Especial;
- a continuación examinaremos las alegaciones del Japón que impugnan las constataciones del Grupo Especial según las cuales la medida fitosanitaria del Japón de que se trata es incompatible con las obligaciones impuestas al Japón por el párrafo 2 del artículo 2 y los párrafos 7 y 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; y

---

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

- por último evaluaremos las alegaciones del Japón basadas en el artículo 11 del ESD,

9. La historia no controvertida de la niebla del peral y del manzano revela una importante propagación transoceánica en los más de 200 años transcurridos desde su descubrimiento.<sup>22</sup> La *E. amylovora*, detectada por primera vez en el Estado de Nueva York, en los Estados Unidos, en 1793, se considera autóctona de América del Norte.<sup>23</sup> Hacia comienzos del siglo XX se informó

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

12. Además, el Grupo Especial indicó que la solicitud de establecimiento de un grupo especial formulada por los Estados Unidos sólo hacía referencia a "manzanas estadounidenses", lo que es menos específico que "manzanas maduras asintomáticas". El Grupo Especial dijo que el hecho de que los Estados Unidos tuvieran intención de referirse "sólo" a manzanas maduras asintomáticas en su comunicación (30) TTra

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

C. *La medida en cuestión*

14. Los Estados Unidos alegaron ante el Grupo Especial que, mediante la aplicación de diversos instrumentos jurídicos<sup>35</sup>, el Japón mantiene nueve prohibiciones o requisitos impuestos a la importación de manzanas provenientes de los Estados Unidos.<sup>36</sup> Con respecto a la exposición hecha

---

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

<sup>34</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.33.

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

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

- a) la prohibición de importar manzanas procedentes de estados de los Estados Unidos, con excepción de las producidas en zonas

, párrafo 8.5, donde se 19rai.75 4 Tj -20.a439p.0663 T-11.25 TD ( ) Tj 72 -11.25 TD 0.3371 Tc 0 T

por los Estados Unidos de los requisitos para la importación de manzanas provenientes de su

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

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

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

---

<sup>41</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.25, apartados a) a j).



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

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

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

---

<sup>44</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, página 7, subtítulo *ii*).

<sup>45</sup> *Ibid.*, párrafo 30.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párrafo 32.

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

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

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

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

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

---

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

<sup>48</sup> Informe del Órgano de Apelación, párrafo 143 h).

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

<sup>50</sup> *Ibid.*, párrafo 76.

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

26. El Japón señala que el análisis del riesgo del Grupo Especial fue distinto de la evaluación del riesgo efectuada por el Japón. A su juicio, el Grupo Especial procedió del siguiente modo: dividió en componentes individuales el riesgo general de que las manzanas sirvieran de vía para la entrada, la radicación y la propagación de la niebla del peral y del manzano; determinó el nivel de riesgo de cada uno de esos componentes; y examinó si el riesgo correspondiente a cada componente se había establecido con testimonios científicos suficientes.<sup>53</sup> En cambio, según alega el Japón, su propia evaluación del riesgo se ajusta a los hechos históricos y la transmisión transoceánica de la bacteria, el rápido crecimiento del comercio internacional y la falta de conocimientos acerca de las vías de propagación de la niebla del peral y del manzano. El Japón sostiene que el Grupo Especial no debería haber desechado el método seguido por el Japón para la evaluación del riesgo, que era "razonable, así como científico" y se basaba en "la prudencia y la precaue las ve]su j 375 0 c2prudeTj 0 -u"1/0.09ndic"1/0.09nEl

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

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

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

frase "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes", del párrafo 7 del artículo 5, debe interpretarse en relación con "una situación

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

35. El Japón afirma que la norma de los "testimonios científicos suficientes", del párrafo 2 del artículo 2, exige la existencia de una relación racional entre los testimonios y una medida *en particular*. El Japón señala también que el Órgano de Apelación, en *Japón - Productos agrícolas II*, calificó la disposición del párrafo 7 del artículo 5 como "exención *calificada*"<sup>68</sup> del requisito de los "testimonios científicos suficientes", del párrafo 2 del artículo 2. De este modo, según alega el Japón, en el contexto del párrafo 2 del artículo 2 la frase "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes", del párrafo 7 del artículo 5, debe interpretarse debidamente como una

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



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

42. En segundo lugar, el Japón sostiene que el Grupo Especial interpretó indebidamente el párrafo 1 del artículo 5 en el sentido de que obligaba al Japón a "[tener en cuenta] más medidas que las medidas existentes".<sup>78</sup> El Japón sostiene que la consideración de otras medidas fitosanitarias diferentes se refiere a la "metodología" de la evaluación del riesgo, a la que no se refiere el párrafo 1 del artículo 5.<sup>79</sup> El Japón señala que, con arreglo a su metodología de evaluación del riesgo, cuando un Miembro exportador formula "una solicitud concreta y una propuesta [para el levantamiento de la prohibición de las importaciones aplicada en principio], tendría que llevarse a cabo una evaluación del riesgo en relación con esa propuesta concreta".<sup>80</sup> El Japón alega que su utilización de "medidas acumulativas" no corresponde a que su evaluación del riesgo sea inadecuada, como sugiere el Grupo Especial, sino al "alto nivel de protección" que el Japón procura alcanzar.<sup>81</sup> Por lo tanto, a juicio del Japón, el párrafo 1 del artículo 5 no obligaba al Japón a tomar en consideración otras medidas en su evaluación del riesgo.

43. Por último, el Japón alega que el Grupo Especial apreció inadecuadamente la evaluación del riesgo hecha por el Japón a la luz de informaciones que sólo se obtuvieron después de esa evaluación. El Japón traza una distinción entre: i) el cumplimiento del párrafo 1 del artículo 5 en el momento de la evaluación del riesgo "inicial"; y ii) la "persistencia del cumplimiento" de lo dispuesto en esa norma a la luz de informaciones posteriores.<sup>82</sup> El Japón alega que en el primer caso el Miembro importador debe "completar totalmente" una evaluación del riesgo en conformidad con el *Acuerdo MSF*, haciéndolo sobre la base de "la información disponible en [ese] momento".<sup>83</sup> En el



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

48. En segundo lugar, el Japón afirma que, en el mismo párrafo de su informe, el Grupo Especial, al examinar las pruebas sobre experimentos con manzanas inoculadas, cometió un "error de hecho"<sup>101</sup>

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

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

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

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

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

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

B. *Argumentos de los Estados Unidos - Apelado*

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

55. Como los Estados Unidos están de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial incurrió en error al formular contrataciones acerca de las manzanas inmaduras<sup>101</sup>, los Estados Unidos limitan su análisis correspondiente al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* a las manzanas "maduras asintomáticas". A este respecto, los Estados Unidos alegan que los argumentos del Japón a favor de que se revoquen las constataciones del Grupo Especial están basados en una nueva apreciación de las pruebas presentadas al Grupo Especial, o bien en la imposición de criterios jurídicos que "no figuran en el Acuerdo MSF".<sup>102</sup>

56. Los Estados Unidos aducen en primer lugar que las alegaciones del Japón referentes al párrafo 2 del artículo 2 constituyen una impugnación de la determinación de los hechos efectuada por el Grupo Especial. Esas alegaciones, según los Estados Unidos, abarcan la apreciación hecha por el Grupo Especial acerca de la importancia del estudio de van der Zwet de 1990<sup>103</sup> y de la historia de la propagación transoceánica de la niebla del peral y del manzano, así como de las conclusiones fácticas del Grupo Especial acerca de la posibilidad de infección de las manzanas maduras asintomáticas. Los Estados Unidos sostienen que tal impugnación de la determinación de los hechos efectuada por el Grupo Especial sólo puede plantearse en apelación en el contexto de una alegación basada en el artículo 11 del ESD. Los Estados Unidos señalan que el Japón no alega la violación del artículo 11 respecto de estas cuestiones. En consecuencia, a juicio de los Estados Unidos, el Órgano de

---

<sup>100</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 132.

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

<sup>102</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 15.

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

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

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

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

---

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

<sup>105</sup> Informe del Órgano de Apelación, párrafo 267.

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

<sup>107</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 21.

<sup>108</sup> *Ibid.*, párrafo 22.

<sup>109</sup> *Ibid.*, párrafo 20.

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

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

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

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

d Amj 22.5 LUnidos piden que eapoyaiócaserale Tj -396.7yónas maque las cao 2 del artículo 5 del

60.2io por en de que "lasiva j0ente eno7y

60.

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

63. Los Estados Unidos sostienen, además, que el contexto del párrafo 7 del artículo 5 aclara el concepto de "suficiencia" de esa disposición. Los Estados Unidos señalan que la segunda frase de dicha disposición obliga a los Miembros que imponen medidas fitosanitarias provisionales a "obtener la información adicional" que se requiere para determinar si la información disponible es suficiente para justificar la imposición de medidas provisionales. Los Estados Unidos sostienen que el párrafo 7 del artículo 5 exige que los Miembros que imponen medidas provisionales obtengan la información adicional que se requiere para determinar si la información disponible es suficiente para justificar la imposición de medidas provisionales.

porque los expertos no estuvieron de acuerdo con el Japón sobre la incertidumbre indicada en ese

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

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

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

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

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

---

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

<sup>124</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 51.

<sup>125</sup> *Ibid.*, con cita del informe del Grupo Especial, párrafo 7.14.

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

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

---

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

<sup>127</sup> Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 55, con cita de los Estados Unidos, párrafo 7.18.

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

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

4. Artículo 11 del ESD

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

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

<sup>134</sup>Tj 111.75 9.25 TD /278.25 -6 TD 0 Tc 0.1872Tw (a)) Tj 3 9.25 TD /2



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

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

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

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

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

81.

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

C. el Grupo Es Tw (ET 1781Tj56.7F0 2 -0 T Tos f BTel)41Tj52j 0 670 o

81.

81.

84. Los Estados Unidos señalan que, aunque sus alegaciones se limitaban a las manzanas





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

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

94. Con respecto al segundo "principio", el Japón afirma que las facultades de los grupos especiales para la determinación de los hechos no deben confundirse con el requisito de establecer una presunción *prima facie*. En opinión del Japón, esto último es un "requisito de prueba" impuesto a la parte reclamante, que impide a los grupos especiales constatar hechos en favor de la parte reclamante cuando ésta no los ha afirmado.<sup>155</sup> No obstante, el Japón alega que un grupo especial puede constatar hechos no "afirmados" por la parte reclamante si lo han sido por el demandado.<sup>156</sup> El Japón alega que la afirmación de determinada alegación de hecho, aunque se pruebe, puede no bastar para crear una presunción *prima facie* conforme a las disposiciones pertinentes. Más concretamente, el Japón alega que "para establecer hechos presuntivos de una violación de esta Ley, el Japón alega que el demandado, el





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

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

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

102. Australia añade que el Grupo Especial incurrió en varios errores en su interpretación jurídica del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En primer lugar, Australia está de acuerdo con el Japón en que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación de la definición de la evaluación del riesgo conforme al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Australia sostiene que el Grupo Especial interpretó erróneamente el requisito de "especificidad" en el contexto de la evaluación del riesgo, considerándolo aplicable al "producto en cuestión"<sup>169</sup>, con lo que introdujo una "nueva norma"<sup>170</sup> de "especificidad" que no está justificada por el texto del *Acuerdo MSF*. A juicio de Australia, las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, aplicadas posteriormente por el Grupo Especial que se ocupó de *Australia - Salmón*, analizaron la "especificidad" en el sentido de que la evaluación del riesgo debía relacionarse con el "riesgo en cuestión" y no con el "producto en cuestión".<sup>171</sup> Por lo tanto, Australia está de acuerdo con el Japón en que la circunstancia de que el ARP de 1999 hubiera evaluado la probabilidad de transmisión por más de un vector no es fundamento suficiente *por sí2au"na8a Tw (1,ls845"r5 TD /FO 6.75 Tf 0.37/FO 6.7mesón" y no con el "*

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

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

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

---

<sup>173</sup> *Ibid.*, párrafo 83.

<sup>174</sup> *Ibid.*, párrafo 86.

<sup>175</sup> Comunicación de tercero participante presentada por Australia, párrafo 92.

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

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

## 2. Brasil

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

## 3. Comunidades Europeas

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

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

---

<sup>177</sup> *Ibid.*, párrafo 98.

<sup>178</sup> Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 4.

<sup>179</sup> Comunicación de tercero participante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 10.





4. Nueva Zelandia

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

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

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

---

<sup>188</sup> Comunicación de tercero participante presentada por Nueva Zelandia, párrafo 3.35.

as decla35 Tw (upesa2145 Tf 0.375 Tc 0 Tw (188) Tj 11.rafo 3.35.) Tj 183 0 TD2bro importci 88upesa;oD /F0 6.dia, p es

pasó por alto el valor de las pruebas citadas por el Japón, sino que el razonamiento del Japón impediría a los grupos especiales tomar en consideración cualquier testimonio científico que contradijera los puntos de vista del Miembro importador. El otorgamiento de tal subjetividad al





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

El Órgano de Apelación observó en ese asunto que las prescripciones del párrafo 2 de la Regla 20 sobre lo que debe incluirse en el anuncio de apelación "sirven para que el apelado también tenga noticia, aunque sea breve, del 'carácter de la apelación' y de las 'alegaciones de errores' del grupo especial".<sup>201</sup> El apelado debe tener noticia, a través del anuncio de la apelación, de las cuestiones que se discutirán en la apelación.



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

125. El propósito del Japón de impugnar el análisis del Grupo Especial *correspondiente al párrafo 2 del artículo 2* por ser incompatible con las prescripciones del artículo 11 del ESD se ha enunciado en términos claros e inequívocos. Pero en lo tocante al análisis *correspondiente al*

acuerdo. Como ya hemos indicado<sup>212</sup>, el Órgano de Apelación determinó en



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

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

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

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

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

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

---

<sup>223</sup> *Ibid.*, párrafo 12.

<sup>224</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Coco desecado*, página 26, DSR 1997.I, 167, página 186.

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

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

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

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

---

<sup>227</sup> WT/DS245/2, *supra* (nota 2).

<sup>228</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.28.

<sup>229</sup> *Ibid.*, párrafo 8.121.

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







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

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

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

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

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

- No se ha acreditado la infección<sup>242</sup> de manzanas maduras asintomáticas. Es improbable que las manzanas maduras estén infectadas por la niebla del peral y del manzano si no presentan ningún síntoma<sup>243</sup>;
- No se ha establecido con carácter general la posible presencia de bacterias endofíticas<sup>244</sup> en manzanas maduras asintomáticas. Los testimonios científicos no

---

<sup>240</sup> Véase *supra*, párrafo 131.

<sup>241</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 8.122 y 8.174.

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

<sup>243</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 8.139 y 8.171.

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

apoyan la conclusión de que las manzanas maduras asintomáticas pueden albergar poblaciones endofíticas de bacterias<sup>245</sup>;

- Se considera que la presencia de bacterias epifíticas<sup>246</sup> en manzanas maduras asintomáticas es extremadamente rara<sup>247</sup>;
- La infección o infestación<sup>248</sup> de manzanas inmaduras por *Erwinia amylovora* no se discute<sup>249</sup>;
- Las manzanas infectadas pueden albergar poblaciones de bacterias que podrían sobrevivir a lo largo de las diversas etapas de manipulación, almacenamiento y transporte comerciales<sup>250</sup>;
- Los testimonios científicos no apoyan la conclusión de que las cajas de envasado infestadas o infectadas podrían ser un vector de transmisión de la niebla del peral y del manzano; por el contrario, los testimonios demuestran que no es probable que *E. amylovora* sobreviva en cajas<sup>251</sup>; y
- Aunque se exportaran al Japón manzanas infectadas o infestadas, y las poblaciones de j 126.75 0a5brevivieran a lo largo de las diversas etapas de manipulación, almacenamiento y transporte comerciales, la introducción de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas importadas requeriría que se completara una secuencia adicional de acontecimientos que se considera improbable, y que hasta la fecha no se ha establecido experimentalmente.<sup>252</sup>

---

<sup>245</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 8.128 y 8.171.

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

<sup>247</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 8.142 y 8.171.

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

<sup>249</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.171.

<sup>250</sup> *Ibid.*, párrafo 8.157.

<sup>251</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.143.

<sup>252</sup> *Ibid.*, párrafos 8.168 y 8.171.



149. Con respecto a las manzanas infectadas, el Japón sostiene que correspondía a los Estados Unidos acreditar *prima facie* la inexistencia del riesgo de que las manzanas infectadas pudieran servir de vector para la introducción de la niebla del peral y del manzano en el Japón. Los Estados Unidos no lo hicieron, porque presentaron argumentos y pruebas que sólo se referían a las manzanas maduras asintomáticas<sup>259</sup>, reconociendo explícitamente durante el reexamen intermedio que "los Estados Unidos no han formulado ninguna alegación fáctica ni presentado ninguna prueba" acerca del riesgo correspondiente a las manzanas infectadas.<sup>260</sup> No habiendo los Estados Unidos acreditado *prima facie* la insuficiencia de los testimonios científicos acerca del riesgo creado por las manzanas infectadas, el Grupo Especial, según el Japón, debió haberse pronunciado en su favor constatando que las manzanas infectadas pueden servir de vía para la niebla del peral y del manzano.<sup>261</sup> Además, el Japón plantea que el Grupo Especial, al constatar que "el Japón no ha presentado testimonios científicos suficientes en apoyo de su alegación de que se había recorrido o era probable que se recorriera el último paso en la vía"<sup>262</sup>, desplazó la carga de la prueba atribuyéndola al Japón; y que ese desplazamiento constituyó un error jurídico porque se hizo prematuramente, antes de que los Estados Unidos hubieran establecido una presunción.<sup>263</sup> Por último, el Japón argumenta que el Grupo Especial no estaba habilitado para utilizar sus facultades investigadoras para formular constataciones de hecho sobre el riesgo correspondiente a las manzanas infectadas porque los Estados Unidos se habían abstenido de crear una presunción acerca de ese tema.<sup>264</sup>

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

---

<sup>259</sup> *Ibid.*, párrafo 22.

<sup>260</sup> *Ibid.*, párrafo 23.

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

<sup>262</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.167.

<sup>263</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 33.

<sup>264</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 18, con cita del informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas IF19 /F0 9.75 Tf 0 Tc -03f 0.14 Tc -0.1952 Tw 18 Producto0 -426 -1on cita del in2irdu*

<sup>261</sup> *Ibi75*



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

154. Dicho esto, la declaración del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* no significa que la

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

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



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

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







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

166. A fin de determinar si los Estados Unidos habían acreditado una presunción *prima facie*, el Grupo Especial estaba facultado para tener en cuenta las opiniones de los expertos. De hecho, en *India - Restricciones cuantitativas*, el Órgano de Apelación indicó que para determinar si se ha acreditado una presunción *prima facie* puede ser útil que el Grupo Especial considere las opiniones de los expertos a los que consulta.<sup>302</sup> Además, en varias ocasiones, entre ellas en diferencias que conllevaban la evaluación de testimonios científicos, el Órgano de Apelación ha afirmado que los grupos especiales disfrutaban de facultades discrecionales para decidir sobre los hechos<sup>303</sup>; disfrutaban de "un margen de discrecionalidad para apreciar el valor de las pruebas, y el peso que [hay] que asignar a las mismas".<sup>304</sup> Requerir que los grupos especiales, en su evaluación de las pruebas que tienen ante sí, den precedencia a la evaluación de los testimonios científicos y el riesgo efectuada por el Miembro importador no es compatible con este principio bien establecido.

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

---

<sup>301</sup> Informe del Órgano de Apelación,

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

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

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

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

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

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

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

...

Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que

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

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

del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.<sup>312</sup> Además, el Japón sostiene que su medida satisface

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

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

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

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

---

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

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

<sup>320</sup> *Ibid.* (las cursivas figuran en el original)

<sup>321</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.222.

<sup>322</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 102.

<sup>323</sup> *Ibid.* (las cursivas figuran en el original)

<sup>324</sup> *Ibid.*, párrafo 96.

<sup>325</sup> *Ibid.*, párrafos 100 y 101.

179. A nuestro entender, la importancia que el Japón atribuye a la oposición entre testimonios "en

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

181. El Japón también planteó cuestiones específicas relacionadas con bacterias endofíticas en manzanas maduras y con el recorrido total de las vías de contaminación.<sup>329</sup>





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

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

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

189. Pasamos seguidamente a las alegaciones de error formuladas por el Japón con respecto al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial comenzó su evaluación de la alegación formulada por los Estados Unidos al amparo del párrafo 1 del artículo 5 observando que ambas partes identificaban efectivamente un documento, al que se hacía referencia como "ARP de 1999", como la evaluación del riesgo que debía analizarse en esta evaluación.<sup>347</sup> El Japón, no obstante, se opuso a que el Grupo Especial examinara testimonios posteriores al ARP de 1999 al evaluar la conformidad . El GrupPr4icaba42 Tó su evalua43 Tc 1.076.57 (establecidos) n el párrafo 7 del artículo 5 o ElAerts la esas T

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

191. Por lo que respecta al primer elemento de la alegación, el Grupo Especial dijo que una evaluación de los riesgos debe ser lo bastante específica por lo que respecta al riesgo de que se trate. En ese sentido, el Grupo Especial observó que el ARP de 1999 examinó varios posibles huéspedes de la niebla del peral y del manzano, entre ellos las manzanas. Tras reconocer que el riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano podía variar de manera significativa de una planta a otra, el Grupo Especial constató que la evaluación del riesgo no era "lo bastante específica" porque "la

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

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

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

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

Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o pa



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

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

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

200. En el presente caso, el Grupo Especial, apoyándose en la constatación del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, concluyó que el ARP de 1999 no era lo bastante específico para constituir una "evaluación del riesgo" con arreglo al *Acuerdo MSF*.<sup>366</sup> El Grupo Especial basó esa conclusión en su constatación de que el ARP de 1999, aunque hizo determinaciones relativas a la

de metodología", que debe quedar al arbitrio del Miembro importador.<sup>370</sup>

el riesgo de entrada, radicación o propagación de la enfermedad varía de manera significativa en función del vector, o planta huésped específica, que se esté evaluando.<sup>376</sup> Dado que la medida en litigio guarda re



Esas normas requieren ese examen específico aunque el análisis del riesgo se inicie sobre la base de la plaga o enfermedad de que se trate en particular<sup>383</sup>, como en el caso del ARP de 1999. Por tanto, nuestra conclusión de que el Grupo Especial constató debidamente que la evaluación del riesgo realizada por el Japón no era suficientemente específica no limita el derecho de un Miembro

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

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

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

---

<sup>386</sup> Respuesta del Japón a preguntas formuladas en la audiencia.

<sup>387</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 133.

<sup>388</sup> Anexo A del *Acuerdo MSF*, párrafo 4.

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

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

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

<sup>392</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.288.

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

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

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

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

---

<sup>393</sup> *Ibid.*

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

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

<sup>396</sup> *Ibid.*, párrafo 135.

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

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

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

---

<sup>397</sup> Respuesta de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

<sup>398</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 8.290 y 8.291.

<sup>399</sup> Informe del Grupo Especial, párrafos 8.280, 8.285 y 8.288.

<sup>400</sup> Véanse, por ejemplo, *ibid.*

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

214. Al afirmar que su constatación fáctica se basaba en "testimonios científicos presentados por ambas partes", el Grupo Especial no citó esos estudios ni facilitó indicación alguna sobre si eran de fecha anterior o posterior a la evaluación del riesgo efectuada por el Japón. El Japón no afirma que cuando se efectuó la evaluación del riesgo no disponía de esos testimonios científicos, o de cualquier otro testimonio científico subyacente tras la conclusión del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5. Observamos asimismo que el expediente del Grupo Especial contiene testimonios científicos pertinentes invocados por ambas partes de los que se tuvo conocimiento *antes de* la evaluación del riesgo efectuada por el Japón.<sup>403</sup> Esos testimonios

*Acuerdo MSF* porque i) no "evalúa la probabilidad de entrada, radicación o distribución" de la enfermedad de que se trate, y ii) no efectúa esa evaluación "según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse". Además, como el ARP de 1999 no es una "evaluación del riesgo" en el sentido del *Acuerdo MSF*, de ello se sigue, como constató el Grupo Especial (en los

- i) que el Grupo Especial incurrió en un error fáctico "esencial" en su caracterización de los testimonios experimentales subyacentes tras la conclusión del Grupo Especial de que no era probable que la niebla del peral y del manzano se transmitiera a otras plantas<sup>407</sup>;
- ii) que el Grupo Especial llegó a una conclusión que abarcaba las manzanas infectadas, cuando los testimonios de que disponía "se centraban en" manzanas maduras asintomáticas<sup>408</sup>;
- iii) que el Grupo Especial no tuvo en cuenta el "principio de precaución", o la prudencia en que hicieron hincapié los expertos consultados por el Grupo Especial, al llegar a sus conclusiones sobre la probabilidad de que la vía se recorriera en su totalidad<sup>409</sup>; y
- iv) que la conclusión del Grupo Especial sobre la probabilidad de que la vía se recorriera en su totalidad es incompatible con el reconocimiento por el Grupo Especial de que el riesgo identificado por los expertos no era simplemente un "riesgo teórico".<sup>410</sup>

219. Los Estados Unidos rechazan la impugnación formulada por el Japón al amparo del artículo 11 en la medida en que se aplica a manzanas maduras asintomáticas, y sostienen que el Grupo Especial no estaba facultado para hacer constataciones sobre manzanas que no fueran manzanas maduras asintomáticas. Aducen que en lo fundamental el Japón impugna la caracterización y

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

221. En la primera apelación en la que se impugnaron constataciones fácticas del Grupo Especial al amparo del artículo 11<sup>412</sup>, *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación determinó que "el deber de hacer una evaluación objetiva del asunto es, 'entre otras cosas' una obligación de examinar las pruebas presentadas a un grupo especial y de llegar a conclusiones de hecho a base de esas pruebas".<sup>413</sup> En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación observó asimismo que:

La determinación de la credibilidad y del peso que, por ejemplo, se debe atribuir propiamente a la apreciación de una determinada prueba, forma parte esencial del proceso de investigación y, en principio, se deja a la discreción del grupo especial que decide sobre los hechos.<sup>414</sup>

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

---

<sup>412</sup> Antes de *CE - Hormonas* se planteó en apelación una alegación al amparo del artículo 11 en *Estados Unidos - Camisas y blusas*, pero esa alegación abordaba únicamente "si el artículo 11 del *ESD* da a una parte reclamante el derecho a que se adopte una conclusión sobre cada una de las cuestiones jurídicas que ha planteado ante un grupo especial". (Informe del Órgano de Apelación, página 21, DSR 1997.I, 323, 338.) Como tal, la alegación no impugnaba la "evaluación de los hechos" efectuada por el Grupo Especial. Además, en *Canadá - Publicaciones periódicas* el apelante invocó el artículo 11 al impugnar el hecho de que el Grupo

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

222. Habida cuenta de este margen de discrecionalidad, el Órgano de Apelación ha reconocido que "no todos los errores en la evaluación de las pruebas (aunque eso también puede dar lugar a una cuestión de derecho) se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación

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

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

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

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

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

Además de los estudios citados por el Grupo Especial, cuya caracterización impugna el Japón, el Grupo Especial, para fundamentar esta constatación de hecho, hizo referencia a las siguientes pruebas: i) la "serie de condiciones acumulativas" identificadas por los expertos para que la vía se recorriera con éxito en su totalidad<sup>428</sup>; ii) la observación de los expertos de que no se ha establecido la

---

<sup>422</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 52.

contaminación por aves<sup>429</sup>; iii) en la medida en que los expertos constataron que "la contaminación a

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



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

C. *Expresiones de prudencia de los expertos*

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

233. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación observó que el "principio de cautela" no tenía aún una "formulación autorizada" fuera del derecho medioambiental internacional<sup>446</sup>, pero que aun así seguía siendo pertinente en el contexto del *Acuerdo MSF*, especialmente como se reconoce en diversas disposiciones de dicho Acuerdo.<sup>447</sup> Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que el

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

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

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

El segundo experto citado por el Japón observó lo siguiente:

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

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

---

<sup>449</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafo 69.

<sup>450</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 67 y 68.

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

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



repercusión de esas expresiones de prudencia científica, claramente registradas en el expediente".<sup>458</sup>

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

La determinación de la credibilidad y del peso que, por ejemplo, se debe atribuir propiamente a la apreciación de una determinada prueba, forma parte esencial del proceso de investigación y, en principio, se deja a la discreción del grupo especial que decide sobre los hechos.<sup>459</sup>

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

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

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

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

---

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

<sup>459</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinias*, párrafo 300; informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 132.

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

<sup>461</sup> *Ibid.*, párrafo 8.175.

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

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

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

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

---

<sup>462</sup> *Ibid.*

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

<sup>464</sup> Comunicación del apelante presentada por el Japón, párrafos 60-61.

<sup>465</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 8.169.

<sup>466</sup> *Ibid.*, párrafo 8.198.

<sup>467</sup> *Ibid.*, párrafo 8.169.



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

## **XI. Constataciones y conclusiones**

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

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

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

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



ANEXO A

# ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS245/5  
28 de agosto de 2003

(03-4543)

---

Original: inglés

## JAPÓN - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA IMPORTACIÓN DE MANZANAS

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

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

---

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

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

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

