ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO

WT/DS367/AB/R
29 de noviembre de 2010

(10-6392)

Original: inglés

AUSTRALIA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA IMPORTACIÓN DE MANZANAS PROCEDENTES DE NUEVA ZELANDIA

AB-2010-2

Informe del Órgano de Apelación

Índice

Página

I. Introducción 1

II. Argumentos de los participantes y terceros participantes 8

A. *Alegaciones de error formuladas por Australia - Apelante* 8

1. Párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*: "Medida sanitaria o fitosanitaria" 8
2. Párrafos 1 y 2 del artículo 5 y párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* 11
   a) Medidas relativas a la niebla del peral y del manzano 14
   b) Medidas relativas a la ALCM 17
3. Artículo 11 del ESD 18
   a) Trato dado al testimonio de los expertos 19
   b) La supuesta interpretación errónea del IRA por parte del Grupo Especial 22
4. Párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 23

B. *Argumentos de Nueva Zelandia - Apelado* 25

1. Párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*: "Medida sanitaria o fitosanitaria" 25
2. Párrafos 1 y 2 del artículo 5 y párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* 27
   a) Medidas relativas a la niebla del peral y del manzano 30
   b) Medidas relativas a la ALCM 33
3. Artículo 11 del ESD 34
   a) Trato dado al testimonio de los expertos 34
   b) La supuesta interpretación errónea del IRA por parte del Grupo Especial 36
4. Párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 36

C. *Alegaciones de error formuladas por Nueva Zelandia - Otro apelante* 39

1. Párrafo 1 a) del Anexo C y artículo 8 del *Acuerdo MSF* 39

D. *Argumentos formulados por Australia - Apelado* 41

1. Párrafo 1 a) del Anexo C y artículo 8 del *Acuerdo MSF* 41

E. *Argumentos de los terceros participantes* 43

1. Unión Europea 43
2. Japón 46
3. Estados Unidos 48

III. Cuestiones planteadas en la presente apelación 50

IV. Las medidas en litigio y la evaluación del riesgo en la que se basan 52

A. *Las medidas en litigio* 52

B. *Antecedentes de la adopción de las medidas en litigio* 55

Página

C. *Aspectos pertinentes del IRA y de la metodología utilizada* 56

1. Evaluación del riesgo de plagas 57
a) Categorización de las plagas y plagas en litigio 57
b) Evaluación de la probabilidad de entrada, de radicación y de propagación 59
i) *Evaluación aplicada en el caso de los patógenos (incluida la niebla del peral y del manzano)* *60*
ii) *Evaluación para las plagas de artrópodos (incluida la ALCM)* *63*
c) Evaluación de las consecuencias 64
d) Combinación de la probabilidad estimada de entrada, radicación y propagación con la estimación de las consecuencias 65
2. Gestión del riesgo de plagas 67

D. *Conclusiones del IRA sobre la niebla del peral y del manzano* 67

1. Evaluación del riesgo de plagas 67
a) Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación y propagación 67
b) Evaluación de las consecuencias 69
c) Combinación de la probabilidad estimada de entrada, radicación y propagación con la estimación de las consecuencias 70
2. Gestión del riesgo de plagas 70

E. *Conclusiones del IRA sobre la ALCM* 71

1. Evaluación del riesgo de plagas 71
a) Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación y propagación 71
b) Evaluación de las consecuencias 73
c) Combinación de la probabilidad estimada de entrada, radicación y propagación con la estimación de las consecuencias 73
2. Gestión del riesgo de plagas 74

V. Párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*: "Medida sanitaria o fitosanitaria" 75

A. *Interpretación del párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF* 76

B. *Aplicación del párrafo 1 del Anexo A a las medidas en litigio* 80

C. *Conclusión* 83

VI. Párrafos 1 y 2 del artículo 5 y párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* 83

A. *Estructura del IRA y constataciones del Grupo Especial* 84

B. *Alegaciones de error y argumentos formulados en apelación* 88

Página

C. *La evaluación del IRA por el Grupo Especial* 90

1. Párrafos 1 y 2 del artículo 5 y párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* 90
2. Norma de examen utilizada por el Grupo Especial en su examen del IRA de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 94
3. Evaluación por el Grupo Especial de la utilización del juicio experto del IRA 99
4. La importancia de las deficiencias que el Grupo Especial constató en el razonamiento del IRA 105

D. *Conclusión* 109

VII. Artículo 11 del ESD 109

A. *Trato dado por el Grupo Especial al testimonio de los expertos que designó* 110

B. *La caracterización por el Grupo Especial de la metodología empleada en el IRA* 126

C. *Conclusión* 130

VIII. Párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 131

A. *Párrafo 6 del artículo 5 y nota 3* 135

B. *Apelación de Australia* 139

1. La cuestión de si la constatación del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 fue consecuencia de las constataciones que formuló en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* 139
2. Los supuestos errores del análisis de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 realizado por el Grupo Especial 140
   a) Enfoque analítico aplicado por el Grupo Especial al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 141
   b) Compleción del análisis 146
      i) *La cuestión de si el Órgano de Apelación puede completar el análisis con respecto a la medida alternativa de Nueva Zelandia para la niebla del peral y del manzano* 149
      ii) *La cuestión de si el Órgano de Apelación puede completar el análisis relativo a la medida alternativa de Nueva Zelandia contra la ALCM* 158
3. Las restantes alegaciones de error de Australia 165

C. *Conclusión* 167

Página

IX. La otra apelación de Nueva Zelandia - Párrafo 1 a) del Anexo C y artículo 8 del *Acuerdo MSF* 167

A. *La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las alegaciones de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del Acuerdo MSF no estaban comprendidas en su mandato* 168

B. *Compleción del análisis jurídico* 174

C. *Conclusión* 181

X. Constataciones y conclusiones 181

ANEXOS I a) y I b) Notificación de la apelación de Australia, WT/DS367/13 y Corr.1

ANEXO II Notificación de otra apelación de Nueva Zelandia, WT/DS367/14

ANEXO III Resolución de procedimiento, de 14 de septiembre de 2010, por la que se permite al observación de la audiencia por el público

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
Australia - Manzanas	Informe del Grupo Especial, *Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia*, WT/DS367/R, distribuido a los Miembros de la OMC el 9 de agosto de 2010
Australia - Salmón	Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
Australia - Salmón	Informe del Grupo Especial, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS18/AB/R
Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	Informe del Grupo Especial, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Canadá*, WT/DS18/RW, adoptado el 20 de marzo de 2000
Brasil - Neumáticos recauchutados	Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
Canadá - Automóviles	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000
Canadá - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS321/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
CE - Amianto	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Add.1 a Add.9 y Corr.1, adoptado el 21 de noviembre de 2006
CE - Banano III	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997
CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II)/ CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)	Informes del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, adoptado el 11 de diciembre de 2008, y Corr.1/*Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS27/AB/RW/USA y Corr.1, adoptado el 22 de diciembre de 2008
CE - Determinadas cuestiones aduaneras	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Determinadas cuestiones aduaneras*, WT/DS315/AB/R, adoptado el 11 de diciembre de 2006
CE - Hormonas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998

Título abreviado	Título completo y referencia
CE - Sardinas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002
Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001
Corea - Productos lácteos	Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/AB/R y Corr.1, adoptado el 12 de enero de 2000
Estados Unidos - Acero al carbono	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
*Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (*upland*)*, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005
*Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (*upland*) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008
Estados Unidos - Aves de corral (China)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinadas medidas que afectan a las importaciones de aves de corral procedentes de China*, WT/DS392/R, adoptado el 25 de octubre de 2010
Estados Unidos - Camisas y blusas de lana	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero*, WT/DS350/AB/R, adoptado el 19 de febrero de 2009
Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción de los derechos antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes del Japón*, WT/DS244/AB/R, adoptado el 9 de enero de 2004
Estados Unidos - Gluten de trigo	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001
Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS320/AB/R, adoptado el 14 de noviembre de 2008
Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS294/AB/RW y Corr.1, adoptado el 11 de junio de 2009
Estados Unidos - Reducción a cero (Japón) (párrafo 5 del artículo 21 - Japón)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción - Recurso del Japón al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS322/AB/RW, adoptado el 31 de agosto de 2009

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
Guatemala - Cemento I	Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, WT/DS60/AB/R, adoptado el 25 de noviembre de 1998
Japón - Bebidas alcohólicas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996
Japón - Manzanas	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
Japón - Manzanas	Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003, confirmado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS245/AB/R
Japón - Productos agrícolas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE INFORME

Abreviatura	**Descripción**
Acuerdo MSF	*Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*
ALCM	mosquilla de las hojas del manzano
AQIS	Servicio de inspección y cuarentena de Australia
CIPF	*Convención Internacional de Protección Fitosanitaria*
ESD	*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GATT de 1994	*Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994*
informe del Grupo Especial	informe del Grupo Especial, *Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia*, WT/DS367/R
IRA	*informe definitivo sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia* (Canberra, noviembre de 2006), Partes A, B y C (Pruebas documentales 1, 2 y 3, respectivamente, presentadas por Australia al Grupo Especial)
MSF	medidas sanitarias y/o fitosanitarias
NIMF	Normas internacionales para medidas fitosanitarias de la CIPF
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
Procedimientos de trabajo	*Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, WT/AB/WP/5, 4 de enero de 2005. (Nota: Aunque esta versión de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* se aplicó a la presente apelación, ha sido sustituida por una versión posterior, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia

Australia, *Apelante/Apelado*
Nueva Zelandia, *Otro apelante/Apelado*

Chile, *Tercero participante*
Estados Unidos, *Tercero participante*
Japón, *Tercero participante*
Pakistán, *Tercero participante*
Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, *Tercero participante*
Unión Europea[1], *Tercero participante*

AB-2010-2

Actuantes:

Zhang, Presidente de la Sección
Hillman, Miembro
Oshima, Miembro

I. Introducción

1. Australia y Nueva Zelandia formulan sendas apelaciones con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial, *Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia* ("informe del Grupo Especial").[2] El Grupo Especial fue establecido el 21 de enero de 2008 para examinar una reclamación de Nueva Zelandia relativa a varias medidas impuestas por Australia a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia.[3]

2. A raíz de una solicitud de acceso al mercado australiano presentada por Nueva Zelandia en enero de 1999, el Servicio de inspección y cuarentena de Australia ("AQIS") emprendió un análisis del riesgo de importación[4] para evaluar los riesgos asociados a la importación de manzanas

[1] La presente diferencia se inició antes de que entrara en vigor, el 1º de diciembre de 2009, el *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* (hecho en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007). El 29 de noviembre de 2009, la Organización Mundial del Comercio recibió una nota verbal (WT/L/779) del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión de las Comunidades Europeas en la que se comunicaba que, en virtud del *Tratado de Lisboa*, a partir del 1º de diciembre de 2009, la Unión Europea sustituye y sucede a la Comunidad Europea. En consecuencia, a pesar de que las Comunidades Europeas se hayan reservado su derecho a participar en el procedimiento del Grupo Especial como tercero y el Grupo Especial haya hecho en su informe referencia a las Comunidades Europeas, la Unión Europea ha presentado una comunicación en calidad de tercero participante en la presente apelación, y en el presente informe nos referimos a la Unión Europea.

[2] WT/DS367/R, 9 de agosto de 2010.

[3] Informe del Grupo Especial, párrafos 1.1 y 1.2.

[4] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.31. La Administración de Bioseguridad de Australia era a la sazón parte del AQIS. En 2004 se transformó en un organismo independiente, que forma parte del Departamento de Agricultura, Pesca y Silvicultura del Commonwealth. (*Ibid.*, párrafo 7.157; Administración de Bioseguridad de Australia, *Final Import Risk Analysis Report for Apples from New Zealand*

procedentes de Nueva Zelandia, incluidos especialmente los asociados a tres plagas cuarentenarias: la niebla del peral y del manzano, el chancro del manzano y del peral y la mosquilla de las hojas del manzano ("ALCM").[5] En noviembre de 2006, la Administración de Bioseguridad de Australia publicó su *informe definitivo sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia* ("IRA").[6] En esa evaluación del riesgo se siguió un enfoque "semicuantitativo" ya que, respecto de cada plaga se combinaba una evaluación cuantitativa de la probabilidad de entrada, radicación y propagación con una evaluación cualitativa de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas.[7] La combinación de esas evaluaciones de probabilidades permitieron obtener a continuación una determinación global del "riesgo en situación sin control", es decir del riesgo asociado a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia sin ninguna medida de gestión del riesgo.[8] Cuando se determinó que el "riesgo en situación sin control" asociado a una plaga concreta excedía del nivel adecuado de protección de Australia[9], se evaluaron las medidas de gestión del riesgo que podían adoptarse para mitigar éste y se formularon las correspondientes recomendaciones.[10] En consecuencia, el IRA recomendaba al Director del Servicio de cuarentena animal y vegetal una serie de medidas de gestión del riesgo.[11] Posteriormente éste determinó que podía permitirse la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia con sujeción a, entre otras cosas, la aplicación de las medidas fitosanitarias especificadas en el IRA.[12]

(*informe definitivo sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia*) (Canberra, noviembre de 2006) ("IRA"), Parte B (Prueba documental 2 presentada por Australia al Grupo Especial), página 8)

[5] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.27. Además de la niebla del peral y del manzano, el chancro del manzano y del peral y la ALCM, el IRA evalúa los riesgos asociados a otras ocho plagas.

[6] Administración de Bioseguridad de Australia, *Final Import Risk Analysis Report for Apples from New Zealand* (*informe definitivo sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia*) (Canberra, noviembre de 2006), Parte A (Prueba documental 1 presentada por Australia al Grupo Especial), Parte B (Prueba documental 2 presentada por Australia al Grupo Especial) y Parte C (Prueba documental 3 presentada por Australia al Grupo Especial).

[7] Informe del Grupo Especial, párrafos 2.36 y 2.61-2.67.

[8] Informe del Grupo Especial, párrafos 2.56 y 2.57.

[9] El nivel adecuado de protección de Australia se describe en términos cualitativos como aquel que "proporciona un nivel alto de protección sanitaria o fitosanitaria destinada a reducir el riesgo hasta un nivel muy bajo, pero no hasta cero". (Véanse el informe del Grupo Especial, párrafos 2.59, 7.963 y 7.1136; y el IRA, Parte A, página 3, y Parte B, página 4)

[10] En el IRA se afirma que las medidas o combinaciones de medidas que en él se exponen son necesarias para lograr el nivel adecuado de protección de Australia reduciendo el riesgo a un nivel aceptable. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.58, 2.59 y 7.134 (donde se hace referencia al IRA, Parte A, páginas 9 y 13, y Parte B, páginas 41, 105-115, 151-155, 187-192 y 313-325))

[11] En los párrafos 132-148 *infra* del presente informe se facilitan más detalles sobre la metodología utilizada en el IRA para evaluar los riesgos asociados a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia y para recomendar medidas de gestión del riesgo.

[12] Memorando 2007/07 sobre política de la Administración de Bioseguridad de Australia, *Biosecurity Policy Determination - Importation of Apples from New Zealand*, 27 de marzo de 2007 (Prueba documental 2 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial), que se cita, en la parte pertinente, en el informe del Grupo Especial, párrafo 7.165.

3. Las 17 medidas enunciadas por Nueva Zelandia en su solicitud de establecimiento de un grupo especial figuran entre las especificadas en el IRA.[13] De las 17 medidas impugnadas, 8 se refieren a la niebla del peral y del manzano, 5 al chancro del manzano y el peral y 1 a la ALCM. Se aplican además en relación con esas tres plagas 3 medidas "generales".[14] Con arreglo al IRA, Nueva Zelandia y Australia deben acordar un procedimiento operativo normalizado para cada plaga cuarentenaria que suscite preocupación antes del comienzo de las exportaciones de manzanas, pero hasta ahora no se ha alcanzado un acuerdo a ese respecto.[15] En la sección IV del presente informe se proporcionan más detalles acerca de las medidas examinadas por el Grupo Especial y del proceso que condujo a su adopción.

4. Ante el Grupo Especial, Nueva Zelandia sostuvo que las medidas en litigio son, individualmente y en su conjunto, incompatibles con los párrafos 2 y 3 del artículo 2, los párrafos 1, 2, 5 y 6 del artículo 5, el artículo 8 y el párrafo 1 a) del Anexo C del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* ("*Acuerdo MSF*").[16] Nueva Zelandia alegó que las medidas de Australia: i) se mantienen sin testimonios científicos[17]; ii) no están basadas en una evaluación adecuada del riesgo[18]; iii) someten a las frutas importadas con un grado de riesgo equivalente al de las manzanas neozelandesas o superior a éste a medidas considerablemente menos restrictivas que las aplicadas a las manzanas importadas de Nueva Zelandia[19]; y iv) entrañan un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr el nivel adecuado de protección de Australia.[20] Nueva Zelandia alegó asimismo que en el IRA se hace caso omiso de los testimonios científicos existentes, los procesos de inspección en la frontera de Australia, los procesos de producción de manzana pertinentes en Nueva Zelandia, la prevalencia real de las enfermedades o plagas de que se trata en Nueva Zelandia y las condiciones climáticas pertinentes en Nueva Zelandia y en Australia.[21] Además, alegó que el lapso de casi ocho años entre la solicitud de acceso de las manzanas de Nueva Zelandia al mercado de Australia y el momento en que Australia completó su procedimiento de aprobación había entrañado una demora "indebida".[22]

---

[13] Las 17 medidas se indican *infra*, párrafo 125 del presente informe. Véase también la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia, WT/DS367/5.

[14] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.92. Esas prescripciones generales son también pertinentes para otras plagas examinadas en el IRA que no están en litigio en la presente diferencia.

[15] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.33.

[16] Informe del Grupo Especial, párrafo 3.1.

[17] Informe del Grupo Especial, párrafo 4.13.

[18] Informe del Grupo Especial, párrafo 4.28.

[19] Informe del Grupo Especial, párrafo 4.44.

[20] Informe del Grupo Especial, párrafo 4.46.

[21] Informe del Grupo Especial, párrafo 4.43.

[22] Informe del Grupo Especial, párrafo 4.49.

5. El 13 de marzo de 2008, Australia solicitó una resolución preliminar del Grupo Especial acerca de la compatibilidad de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia con el párrafo 2 del artículo 6 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD"). El 6 de junio de 2008, el Grupo Especial hizo pública su resolución preliminar y determinó que las 17 medidas concretas enunciadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia se habían identificado correctamente; que Nueva Zelandia no había indicado ninguna otra; y que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia contenía información suficiente sobre los fundamentos de derecho de la reclamación para presentar el problema con claridad con respecto a las 17 medidas identificadas.[23] El 22 de agosto de 2008, Australia solicitó una segunda resolución preliminar. Pidió al Grupo Especial que constatara que la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del artículo 8 y del párrafo 1 a) del Anexo C del *Acuerdo MSF* no estaba comprendida en el ámbito de la presente diferencia, porque Nueva Zelandia no había identificado el "proceso" que supuestamente había experimentado una "demora indebida". El 8 de septiembre de 2008, el Grupo Especial notificó a las partes que abordaría la alegación de Nueva Zelandia concerniente al artículo 8 y al párrafo 1 a) del Anexo C del *Acuerdo MSF* en su informe definitivo, ya que no había encontrado motivos que justificaran emitir una segunda resolución preliminar.[24] El 19 de diciembre de 2008, las partes comunicaron al Grupo Especial que habían llegado a un acuerdo con respecto a 1 de las 17 medidas. En consecuencia, el Grupo Especial no se pronunció sobre las alegaciones de Nueva Zelandia con respecto a esa medida.[25]

6. El Grupo Especial decidió recabar el asesoramiento de expertos y pidió a la Secretaría de la *Convención Internacional de Protección Fitosanitaria* ("CIPF") y al Consejo de los Congresos Internacionales de Difterología que recomendaran expertos en los siguientes campos: niebla del peral y del manzano (*Erwinia amylovora*); chancro del manzano y del peral (*Neonectria galligena*); ALCM (*Dasineura mali*); y evaluación del riesgo de plagas, incluido el uso de metodologías semicuantitativas.[26] El 15 de diciembre de 2008, el Grupo Especial informó a las partes de que había seleccionado a siete expertos: el Dr. Jean-Pierre Paulin y el Dr. Tom Deckers para la niebla del peral y del manzano; el Dr. Bernardo Latorre y el Dr. Terence Swinburne para el chancro del manzano y

[23] Comunicación del Presidente del Grupo Especial, resolución preliminar del Grupo Especial, WT/DS367/7.

[24] Informe del Grupo Especial, párrafo 1.16.

[25] Informe del Grupo Especial, párrafos 1.20 y 2.96. El acuerdo se refería a la medida 12, concerniente al chancro del manzano y del peral. (Véase *infra*, párrafo 126 del presente informe)

[26] Informe del Grupo Especial, párrafos 1.21-1.32.

del peral; el Dr. Jerry Cross para la ALCM; y la Dra. Gritta Schrader y el Dr. Ricardo Sgrillo para la evaluación del riesgo de plagas, incluido el uso de metodologías semicuantitativas.[27]

7. El informe del Grupo Especial se distribuyó a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") el 9 de agosto de 2010. Por las razones expuestas en él, el Grupo Especial constató lo siguiente:

a) no hay pruebas de que el proceso de selección de expertos y consultas con dichos expertos se realizara indebidamente, de que se pusiera en peligro el debido proceso en la fase de consulta a los expertos de estas actuaciones, ni de que los derechos procesales de Australia se vieran en modo alguno negativamente afectados a este respecto[28];

b) las 16 medidas en litigio en la presente diferencia, tanto en su conjunto como individualmente, son MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A y están abarcadas por el Acuerdo MSF[29];

c) las medidas de Australia en litigio concernientes a la niebla del peral y del manzano, el chancro del manzano y del peral y la ALCM, así como las prescripciones identificadas por Nueva Zelandia como medidas "generales" que están vinculadas a las tres plagas objeto de la presente diferencia, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF, y como consecuencia de ello esas prescripciones son también incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo MSF[30];

d) Nueva Zelandia no ha demostrado que las medidas en litigio en la presente diferencia sean incompatibles con el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo MSF y, en consecuencia, tampoco ha demostrado que esas medidas sean incompatibles con el párrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo MSF[31];

e) las medidas de Australia en litigio concernientes a la niebla del peral y del manzano, el chancro del manzano y del peral, y la ALCM, son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF; sin embargo, Nueva Zelandia no ha demostrado que las prescripciones identificadas por Nueva Zelandia como medidas "generales" que están vinculadas a las tres plagas objeto de la presente diferencia sean

[27] Informe del Grupo Especial, párrafo 1.33.
[28] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 a); véase también el párrafo 7.102.
[29] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 b); véase también el párrafo 7.187.
[30] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 c); véanse también los párrafos 7.510 (con respecto a la niebla del peral y del manzano), 7.781 (con respecto al chancro del manzano y del peral), 7.887 (con respecto a la ALCM), 7.905 (con respecto a las medidas generales) y 7.906 (conclusión general).
[31] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 d); véanse también los párrafos 7.1089, 7.1090 y 7.1095.

incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF[32]; y

f) la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y su alegación consiguiente al amparo del artículo 8 del Acuerdo MSF no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial en esta diferencia.[33]

En consecuencia, el Grupo Especial recomendó que el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") pidiera a Australia que pusiera las medidas cuya incompatibilidad se había constatado en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del *Acuerdo MSF*.

8. El 31 de agosto de 2010, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, Australia notificó al OSD su decisión de apelar con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste y presentó un anuncio de apelación[34] de conformidad con la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* ("*Procedimientos de trabajo*").[35] El 7 de septiembre de 2010, Australia presentó una comunicación del apelante.[36] El 13 de septiembre de 2010, Nueva Zelandia, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD, notificó al OSD su decisión de apelar con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste y presentó una notificación de otra apelación[37] de conformidad con los párrafos 1 y 2 de la Regla 23 de

[32] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 e); véase también el párrafo 7.1403. Con respecto a la alegación de Nueva Zelandia relativa al primer requisito del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* de que las medidas sólo se apliquen en cuanto sean necesarias para proteger la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, el Grupo Especial recordó que había constatado ya que las medidas en litigio eran incompatibles con el requisito del párrafo 2 del artículo 2 de que las medidas sanitarias y fitosanitarias de los Miembros estén basadas en principios científicos y no se mantengan sin testimonios científicos suficientes. (*Ibid.*, párrafo 7.1409) El Grupo Especial consideró que para solucionar positivamente la diferencia no era preciso que el Grupo Especial evaluara si las mismas medidas también infringían otra prescripción del párrafo 2 del artículo 2. Por consiguiente, estimó que no era necesario pronunciarse sobre esta "alegación relacionada con el párrafo 6 del artículo 5 formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 2 del artículo 2" ni "analizar con detalle la relación entre la tercera condición del criterio establecido en el párrafo 6 del artículo 5 y la primera prescripción del párrafo 2 del artículo 2" del *Acuerdo MSF*. (*Ibid.*, párrafo 7.1410)

[33] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 f); véase también el párrafo 7.1477.

[34] WT/DS367/13 (adjunto como anexo I a) al presente informe). En carta de fecha 16 de septiembre de 2010, Australia pidió a la Sección del Órgano de Apelación que entendía en la presente apelación autorización para corregir un error material de su anuncio de apelación, de conformidad con el párrafo 5 de la Regla 18 de los *Procedimientos de trabajo*. El 17 de septiembre de 2010, de conformidad con dicho párrafo la Sección invitó a Nueva Zelandia y a los terceros participantes a formular observaciones sobre la petición de Australia. No se recibieron objeciones a esa petición. El 23 de septiembre de 2010, la Sección autorizó a Australia a corregir el error material de su anuncio de apelación. (WT/DS367/13/Corr.1 (adjunto como anexo I b) al presente informe))

[35] WT/AB/WP/5, 4 de enero de 2005. (Nota: Aunque esta versión de los *Procedimientos de trabajo* se aplicó a la presente apelación, ha sido sustituida por una versión posterior, WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010)

[36] De conformidad con la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo*.

[37] WT/DS367/14 (adjunto como anexo II al presente informe).

los *Procedimientos de trabajo*. El 15 de septiembre de 2010, Nueva Zelandia presentó una comunicación de otro apelante.[38] El 27 de septiembre de 2010, Australia y Nueva Zelandia presentaron sendas comunicaciones del apelado.[39] Ese mismo día, la Unión Europea, el Japón y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones en calidad de tercero participante[40] y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu notificó su intención de comparecer en la audiencia como tercero participante.[41] El 28 de septiembre de 2010, Chile y el Pakistán notificaron cada uno de ellos su intención de comparecer en la audiencia como terceros participantes.[42]

9. El 1º de septiembre de 2010, la Sección que entendía en la presente apelación recibió una carta conjunta de Australia y Nueva Zelandia en la que se pedía al Órgano de Apelación que autorizara la observación de la audiencia por el público. El 2 de septiembre de 2010, la Sección invitó a los terceros participantes a formular observaciones por escrito sobre la petición conjunta de Australia y Nueva Zelandia y sobre los dispositivos logísticos propuestos en la solicitud. El 6 de septiembre de 2010 se recibieron observaciones de la Unión Europea y el 7 de septiembre de 2010 observaciones del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu y de los Estados Unidos. Esos terceros participantes manifestaron su apoyo a la petición de los participantes. En una resolución de procedimiento de fecha 14 de septiembre de 2010, la Sección autorizó la observación de la audiencia por el público mediante transmisión simultánea por televisión en circuito cerrado en otra sala.[43]

10. La audiencia de la presente apelación se celebró los días 11 y 12 de octubre de 2010. Los participantes y cuatro de los terceros participantes (Chile, la Unión Europea, el Japón y los Estados Unidos) formularon declaraciones orales. Los participantes y terceros participantes respondieron a las preguntas formuladas por los Miembros de la Sección que entendía en la apelación.

---

[38] De conformidad con el párrafo 3 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo*.

[39] De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo*.

[40] De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*. El 29 de septiembre de 2010, el Director de la Secretaría del Órgano de Apelación recibió el resumen de la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante. En carta de fecha 30 de septiembre de 2010, la Sección informó a los Estados Unidos de que no se aceptaría el resumen por haber sido presentado después del 27 de septiembre de 2010, fecha límite para la presentación de una comunicación de tercero participante. El original y las copias del resumen fueron devueltos a los Estados Unidos.

[41] De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

[42] De conformidad con el párrafo 4 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

[43] La resolución de procedimiento se adjunta como anexo III al presente informe.

II. Argumentos de los participantes y terceros participantes

A. *Alegaciones de error formuladas por Australia - Apelante*

11. Australia apela en primer lugar contra la constatación del Grupo Especial de que las 16 medidas en litigio, tanto en su conjunto como individualmente, son MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*. En segundo lugar, apela contra la constatación del Grupo Especial de que las medidas en litigio concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM, así como las prescripciones identificadas por Nueva Zelandia como medidas "generales" que están vinculadas a las tres plagas objeto de la presente diferencia, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y como consecuencia de ello esas prescripciones son también incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. En tercer lugar, Australia alega que el Grupo Especial no consideró debidamente todas las pruebas importantes que se le habían sometido, ni entendió la metodología utilizada en el IRA y, en consecuencia, no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD. Por último, apela contra la constatación del Grupo Especial de que las medidas de Australia en litigio entrañan un grado de restricción del comercio mayor del requerido y son, por ello, incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

1. Párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*: "Medida sanitaria o fitosanitaria"

12. Australia solicita al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial aplicó una interpretación jurídica incorrecta de la definición de medida sanitaria o fitosanitaria ("MSF") del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF* y, en consecuencia, revoque la constatación del Grupo Especial que figura en los párrafos 7.172 y 8.1 b) de su informe de que las medidas en litigio son *individualmente* MSF en el sentido de esa definición. Australia admite que todas las medidas en litigio son MSF si se consideran en su conjunto o "adecuadamente agrupadas"[44], pero sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las 16 medidas en litigio son MSF, no sólo en su conjunto, sino también individualmente, y que no analizó si consideradas individualmente, las 16 medidas cumplían los requisitos del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

13. Australia sostiene que para que se considere que una medida está separadamente comprendida en la definición de MSF de la primera frase del párrafo 1 del Anexo A, es necesario que tenga tres características esenciales. En primer lugar, debe implicar la realización de una acción o la adopción de un modo de proceder concretos y reconocibles como medio para lograr un fin. En segundo lugar, es preciso que la medida se aplique, es decir que se utilice o se ponga efectivamente en práctica. En tercer lugar, la medida debe aplicarse con un fin determinado, en concreto para proteger contra un tipo

[44] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 60.

determinado de riesgos. La finalidad de la última frase de la definición que figura en el párrafo 1 del Anexo A es aclarar que no se excluye *a priori* que los elementos a los que se refiere puedan considerarse MSF. No obstante, Australia subraya que esa frase no implica que cualquier prescripción, procedimiento o proceso enunciado haya de clasificarse necesariamente como una MSF, ni debilita las características esenciales de las MSF exigidas en la primera frase de la definición. De ello se desprende que, para caracterizar como MSF una medida, un grupo especial debe identificar, de forma práctica y clara, una acción o un modo de proceder (incluida una omisión identificable) que un Miembro ponga en práctica o siga efectivamente con el fin de obtener protección contra un riesgo pertinente. Las actividades o prescripciones, por ejemplo los procesos o procedimientos administrativos cuya única función sea reforzar la eficacia de algún mecanismo activo para proteger la vida o la salud de los animales o preservar los vegetales frente a un riesgo pertinente, no deben considerarse MSF independientes. Esos procesos o procedimientos accesorios deben considerarse conjuntamente con los mecanismos a los que están colectivamente vinculados como una única MSF compuesta. De lo contrario, según advierte Australia, cada detalle de un régimen administrativo podría ser considerado aisladamente, para evaluar de forma separada su conformidad con el *Acuerdo MSF*.

14. Australia mantiene que su concepción de las MSF encuentra respaldo en el *Glosario de términos fitosanitarios* de 2008, la NIMF Nº 5 de las Normas internacionales para medidas fitosanitarias de la CIPF ("NIMF")[45], en el que se establece una distinción entre *medida* fitosanitaria y *procedimiento* fitosanitario. Una medida fitosanitaria es "[c]ualquier legislación, reglamento o procedimiento oficial que tenga el propósito de prevenir la introducción y/o dispersión de plagas cuarentenarias o de limitar las repercusiones económicas de las plagas no cuarentenarias reglamentadas" en tanto que por procedimiento fitosanitario se entiende "[c]ualquier método oficial para la aplicación de medidas fitosanitarias, incluida la realización de inspecciones, pruebas, vigilancia o tratamientos en relación con las plagas reglamentadas".[46] Australia afirma que esas definiciones indican claramente que un procedimiento fitosanitario destinado simplemente a la aplicación de una medida fitosanitaria no constituye en sí mismo una medida fitosanitaria distinta.

15. En relación con la presente diferencia, Australia alega que el Grupo Especial no se preguntó si cada una de las "medidas" identificadas por Nueva Zelandia reunía individualmente las características esenciales establecidas en la definición de las MSF del párrafo 1 a) del Anexo A. La

[45] *Glossary of Phytosanitary Terms (2008)* (NIMF Nº 5, FAO, Roma (Prueba documental 164 presentada por Australia al Grupo Especial)). Véase una explicación más detallada sobre las NIMF en la nota 195 *infra* del presente informe.

[46] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 59 (donde se cita la NIMF Nº 5, *supra*, nota 45 del presente informe).

constatación del Grupo Especial de que la finalidad de las 16 medidas corresponde a ese párrafo no basta para considerar que cada una de ellas individualmente sea una MSF. De hecho, determinadas prescripciones identificadas por Nueva Zelandia dependían de una medida principal y, consideradas individualmente, carecerían de sentido y serían ineficaces para lograr algún tipo de protección contra el riesgo. Para aclarar este aspecto, Australia se refiere a lo que Nueva Zelandia ha identificado como medida 3. La medida en cuestión requiere que se elabore y apruebe una metodología para la inspección de los huertos que aborde cuestiones tales como la visibilidad de los síntomas en las copas de los árboles, el tiempo de inspección necesario y el número de árboles que debe inspeccionarse para alcanzar el nivel de eficacia, y la formación y certificación de inspectores.[47] Australia aduce que, considerada aisladamente, esa prescripción sería inútil e ineficaz para conseguir cualquier tipo de protección frente al riesgo, y que sólo puede tener sentido como medida accesoria a la medida principal que exige que las manzanas procedan de zonas sin síntomas de la niebla del peral y del manzano. Australia explica que lo correcto es considerar que lo que Nueva Zelandia ha identificado como medidas 1, 2, 3, 4, 5, 8, 15, 16 y 17 constituye una única MSF compuesta, y no MSF separadas.[48] Australia añade que globalmente el Grupo Especial debería haber constatado que Australia no aplicaba 16 MSF, sino 4: 2 para la niebla del peral y del manzano, 1 para el chancro del manzano y del peral y otra para la ALCM. En lo que respecta a la niebla del peral y del manzano las dos medidas en cuestión son la inspección de los huertos de origen y la desinfección de la fruta; y en el caso de la ALCM la opción de que se inspeccionen 3.000 frutas para la exportación y, en caso necesario, la aplicación de un tratamiento a la fruta destinada a la exportación o el rechazo de esa fruta.

[47] Véase *infra*, párrafo 125 del presente informe.

[48] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 66 y aclaraciones adicionales facilitadas en la audiencia de la presente apelación. Esas medidas figuran *infra*, párrafo 125 del presente informe. Esencialmente, en ellas se requiere: que las manzanas procedan de zonas sin los síntomas de la niebla del peral y del manzano; que se inspeccionen los huertos/bloques para comprobar si presentan los síntomas de la niebla del peral y del manzano; que se elabore y apruebe una metodología adecuada para la inspección de los huertos/bloques; que se condene un huerto/bloque durante la temporada si hay pruebas de que se ha intentado eliminar u ocultar síntomas de la niebla del peral y del manzano; que se condene un huerto/bloque durante la temporada si se detectan síntomas visibles de niebla del peral y del manzano; que en los almacenes de embalaje registrados a los efectos de la exportación de manzanas se manipule únicamente fruta procedente de huertos registrados; que funcionarios del Servicio de inspección y cuarentena de Australia intervengan en las inspecciones de los huertos, en la verificación de los procedimientos de los almacenes de embalaje y en la inspección y tratamiento de la fruta; que Nueva Zelandia se asegure de que todos los huertos registrados a los efectos de la exportación a Australia operen con arreglo a prácticas comerciales uniformes; y que los almacenes de embalaje proporcionen detalles del trazado de sus instalaciones.

2. Párrafos 1 y 2 del artículo 5 y párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

16. Australia solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial según las cuales sus medidas concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM, así como las medidas generales, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Aduce que, al hacer esas constataciones, el Grupo Especial incurrió en error, porque siguió una interpretación jurídica inadecuada de "evaluación del riesgo" y no aplicó correctamente los criterios establecidos en los párrafos 590 a 592 de los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*[49] con respecto al análisis por los grupos especiales de la cuestión de si una evaluación del riesgo se ajusta a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 5.

17. A juicio de Australia, en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación confirmó la limitada función de un grupo especial que examine la compatibilidad de una MSF con los párrafos 1 y 2 del artículo 5. El grupo especial no debe realizar su propia evaluación del riesgo, sino examinar la evaluación del riesgo en que se basó el Miembro, y determinar, no si esa evaluación es "correcta", sino si "se puede justificar objetivamente".[50] Remitiéndose en concreto al párrafo 591 de esos informes del Órgano de Apelación, Australia explica que el Órgano de Apelación considera que ese examen requiere que el grupo especial: i) identifique el fundamento científico que sirvió de base para la adopción de la MSF; ii) compruebe que el fundamento científico proviene de una fuente respetada y competente; iii) evalúe si el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente; y iv) determine si los resultados de la evaluación del riesgo justifican suficientemente la MSF en cuestión.

18. En lo que respecta a las constataciones del Grupo Especial según las cuales las conclusiones intermedias del IRA no estaban respaldadas por testimonios científicos "adecuados" o "suficientes", Australia aduce que el Grupo Especial aplicó una norma de suficiencia científica que va "bastante más allá de lo exigido por el primer criterio establecido en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* y está en total contradicción con lo establecido en *Japón - Productos agropecuarios II*".[51] Según Australia, si una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 da lugar a casos significativos de incertidumbre o no permite llegar a conclusiones seguras, el evaluador del riesgo debe aplicar su juicio experto para hacer frente a esa incertidumbre, teniendo en cuenta las técnicas de

[49] En el presente informe, utilizamos la expresión "*Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*" para referirnos a los dos informes del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión* (WT/DS320/AB/R) y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión* (WT/DS321/AB/R).

[50] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 68 (donde se hace referencia a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 590).

[51] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 92.

evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, tales como las que figuran en la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11.

19. Australia alega que, aunque puedan ser suficientes para realizar una evaluación del riesgo, lo que excluye la posibilidad de recurrir al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, los testimonios científicos existentes pueden ser inciertos o no concluyentes, y en tal caso el evaluador del riesgo puede utilizar para llegar a sus conclusiones el juicio de expertos. El hecho de que una situación presente dificultades metodológicas especiales no le exime de la obligación de evaluar el riesgo. Australia alega que, cuando haya escasos testimonios científicos disponibles la expresión "adecuada a las circunstancias" del párrafo 1 del artículo 5 prevé un cierto grado de flexibilidad en cuanto a la forma de realizar la evaluación del riesgo.

20. Según Australia, la referencia que se hace en el párrafo 1 del artículo 5 a las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes refuerza la flexibilidad para adaptar las metodologías de evaluación del riesgo en función de los testimonios científicos existentes. A este respecto, Australia señala que las normas pertinentes de evaluación del riesgo de la CIPF, incluidas la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11, reconocen la necesidad de recurrir al juicio de expertos en las evaluaciones del riesgo cuando haya una incertidumbre científica derivada de datos incompletos, incoherentes o contradictorios.

21. En lo que respecta a las constataciones del Grupo Especial según las cuales las conclusiones intermedias del IRA no fueron "objetivas y coherentes", Australia aduce que el Grupo Especial aplicó un criterio que "va bastante más allá de lo exigido por el tercer criterio establecido en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* y está en total contradicción con lo establecido en *Japón - Productos agropecuarios II*".[52] Según Australia, bastaba que la Administración de Bioseguridad de Australia explicara su metodología general, identificara los testimonios científicos existentes y los ámbitos y el grado de incertidumbre científica, dejara constancia de las opiniones formuladas por los expertos y se cerciorara de que cualquier juicio experto estuviera "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica".[53]

22. A juicio de Australia el criterio establecido en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, conforme al cual hay que evaluar si "el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente" no se orienta a la evaluación de la calidad del razonamiento como un fin en sí mismo, sino a determinar si las "conclusiones concretas" inferidas por

[52] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 93.
[53] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 93.

el Miembro que evalúa el riesgo están suficientemente respaldadas por los testimonios científicos en que se basó. En consecuencia, la aplicación de ese criterio "atiende fundamentalmente a la relación entre los testimonios científicos y las conclusiones a que llegó en última instancia el Miembro y que sirvieron de base para una MSF".[54] Australia aduce que para responder adecuadamente a la pregunta de si una conclusión concreta a la que haya llegado en última instancia un Miembro como base para la MSF está suficientemente respaldada por los "testimonios científicos" existentes no hay que preguntar si la conclusión concreta de que se trata es correcta o es la misma a la que habría llegado el Grupo Especial o un experto, sino si la conclusión está relacionada racional u objetivamente con esos testimonios científicos.

23. Según Australia, la Administración de Bioseguridad de Australia no estaba obligada a explicar más detalladamente cómo había llegado precisamente a cada una de las conclusiones intermedias. Australia alega que el Grupo Especial erró al preguntarse si el Grupo o los expertos designados por él habrían formulado el mismo juicio que la Administración de Bioseguridad de Australia, en lugar de preguntarse si los juicios expertos formulados por la Administración en las etapas intermedias del IRA estaban "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica".[55]

24. Australia aduce también que el Grupo Especial incurrió en error al considerar que la Administración de Bioseguridad de Australia estaba obligada a explicar la forma en que había llegado precisamente a los juicios expertos que formuló en etapas intermedias del IRA. Alega que el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* no impone esa obligación. Las normas relativas al "carácter documentado" y la "transparencia" que figuran en la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11 exigen únicamente que se indique cuándo se ha recurrido al juicio de expertos y se explique la incertidumbre científica que lo ha hecho necesario, pero de ellas no se desprende que sea preciso explicar cómo se ha llegado a un determinado juicio experto. El IRA utilizaba de modo transparente el juicio de expertos y, en cada etapa intermedia en que el carácter no concluyente o incompleto de los datos científicos había dado lugar a una incertidumbre científica, identificaba y consignaba el juicio experto que esa incertidumbre científica había hecho necesario. Australia señala también que el IRA incluía una declaración expresa en la que se documentaba el proceso de formulación de los juicios de expertos y las limitaciones observadas.

25. Australia alega además que el Grupo Especial incurrió en error porque no evaluó la importancia de las deficiencias que había constatado en las conclusiones intermedias formuladas en

[54] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 76. (subrayado en el original)
[55] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 95.

el IRA. Basándose en el informe del Grupo Especial en el asunto *Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, aduce que el Grupo Especial debería haberse preguntado, lo que erróneamente no hizo, si las supuestas deficiencias del razonamiento del IRA revestían "tal gravedad" que no era posible "confiar razonablemente" en la evaluación del riesgo en su conjunto.[56]

26. Australia aclara a continuación la forma en que esos errores de interpretación y aplicación en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* afectaron al análisis por el Grupo Especial sobre la evaluación del riesgo realizada en el IRA con respecto a la niebla del peral y del manzano y la ALCM.

a) Medidas relativas a la niebla del peral y del manzano

27. En relación con el paso de importación 1[57] (probabilidad de presencia de *Erwinia amylovora* en los huertos de origen en Nueva Zelandia), Australia aduce que el Grupo Especial adoptó la opinión del Dr. Paulin de que no se había demostrado que la estimación fuera "cierta"[58] en lugar de determinar, basándose en el testimonio de sus expertos, si la estimación estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo. Aduce también que el Grupo Especial no evaluó la importancia de la posible sobrevaloración correspondiente al paso de importación 1, en lo que respecta a la probabilidad global de importación o a la evaluación global del riesgo.

28. En relación con el paso de importación 2 (probabilidad de que fruta recogida en un huerto con presencia de *Erwinia amylovora* esté infectada o infestada), Australia alega que, al basarse en el testimonio del Dr. Paulin, según el cual no puede fundarse una conclusión general y razonable en los resultados divergentes de los diversos estudios científicos examinados en el IRA, el Grupo Especial no se atuvo a las orientaciones del Órgano de Apelación según las cuales la incertidumbre científica o el carácter no concluyente de la información no eximen al evaluador del riesgo de la necesidad de evaluarlo, y no evaluó adecuadamente si el juicio formulado estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica. Australia sostiene además

[56] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 84 y 90 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 7.57).

[57] Australia explica, en los párrafos 33-35 de su comunicación del apelante que el IRA identificó en primer lugar una serie de pasos distintos en los que podía producirse la infección o infestación desde la recolección de las manzanas en huertos de Nueva Zelandia hasta su llegada a Australia, después de pasar por diversas etapas de tratamiento y transporte. Se identificaron ocho puntos en los que una manzana podía resultar o seguir infestada o infectada con la plaga y se estimó la probabilidad de que se produjera o siguiera la infestación o la infección en cada punto. Se clasificaron esos ocho puntos como "pasos de importación" numerados. Los pasos de importación no describen un único proceso lineal de infección o infestación, sino que hay 10 vías distintas mediante las que puede importarse una manzana infestada o infectada (hipótesis de importación). La probabilidad de importación en Australia de una manzana infectada o infestada se calculó como la suma de las probabilidades correspondientes a cada una de estas 10 hipótesis de importación.

[58] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 101 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.258).

que el Grupo Especial no evaluó la importancia de la posible sobrevaloración correspondiente al paso de importación 2 en lo que respecta a la probabilidad de importación o a la evaluación general del riesgo.

29. En relación con el paso de importación 3 (probabilidad de que fruta sana se contamine con *Erwinia amylovora* durante la recolección y el transporte al almacén de embalaje), Australia aduce que, al constatar que los estudios en que se apoyó el IRA no pueden constituir una base científica adecuada para un análisis coherente y objetivo, el Grupo Especial pasó por alto la necesidad práctica del evaluador del riesgo de formular un juicio aun en caso de disponer de escasos testimonios científicos. Además, sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al basarse en las opiniones de los expertos según las cuales la probabilidad de contaminación estimada en el IRA parecía ser "bastante alta"[59], en lugar de preguntarse si la estimación estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica, y que no evaluó la importancia de la posible sobrevaloración correspondiente al paso de importación 3 en lo que respecta a la probabilidad global de importación o a la evaluación global del riesgo.

30. En relación con el paso de importación 5 (probabilidad de que fruta sana se contamine con *Erwinia amylovora* durante el tratamiento en el almacén de embalaje), Australia aduce que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la estimación relativa a este paso no era objetiva y coherente porque en el IRA no se indicaba cómo se habían tenido en cuenta los resultados de determinados estudios científicos a los que se hacía referencia en él. En lugar de ello, el Grupo Especial debería haber verificado si la estimación estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica. Según Australia, el Grupo Especial incurrió asimismo en error al no evaluar la importancia de una posible sobrevaloración correspondiente al paso de importación 5 en lo que respecta a la probabilidad global de importación o a la evaluación global del riesgo.

31. En relación con el paso de importación 7 (probabilidad de que fruta sana se contamine con *Erwinia amylovora* durante la paletización, la inspección de la calidad, la contenedorización y el transporte), Australia sostiene que el Grupo Especial no verificó si la estimación relativa a este paso estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica, con independencia de cualquier deficiencia advertida en la relación entre el rango numérico y el descriptor cualitativo. Además, aduce que el Grupo Especial incurrió en error al no evaluar la importancia de la posible sobrevaloración correspondiente al paso de importación 7 en

[59] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 105 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.288).

lo que respecta a la probabilidad global de importación o a la evaluación global del riesgo, y observa que la contribución del paso de importación 7 a la probabilidad global de importación de fruta infestada o infectada era de una magnitud "inferior en varios órdenes a la que podría considerarse importante".[60]

32. En relación con la "exposición" (transferencia de *Erwinia amylovora* de residuos de manzanas infestadas o infectadas a una planta hospedante vulnerable), Australia aduce que, al constatar que las conclusiones del IRA no estaban respaldadas por testimonios científicos, el Grupo Especial pasó por alto el hecho de que, aunque no hubiera testimonios científicos directos sobre los mecanismos de transferencia concretos, había quedado establecido, incluso por el testimonio de los expertos seleccionados por el Grupo Especial, que la transferencia era posible. Ante esos testimonios e incertidumbres, el equipo del IRA no podía abstenerse de hacer una evaluación del riesgo. A juicio de Australia, al constatar que la probabilidad de transferencia debía ser proporcional a la probabilidad, sumamente baja, de transmisión en condiciones de transferencia, el Grupo Especial no tuvo en absoluto en cuenta el rango de estimaciones que se consideraría legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica y sustituyó el juicio formulado en el IRA por su propia evaluación implícita de la probabilidad de transferencia como "sumamente baja".

33. En relación con el uso de la distribución uniforme[61], Australia aduce que, para llegar a su conclusión, el Grupo Especial se basó en el testimonio del Dr. Sgrillo, según el cual habría sido más apropiada una distribución triangular, sin tener en cuenta la importancia del testimonio de la Dra. Schrader, según el cual una distribución uniforme es útil cuando no hay información suficiente para estimar el valor más probable. El Grupo Especial debería haber verificado si la decisión adoptada en el IRA de utilizar una distribución uniforme estaba dentro de un rango legítimo de juicios posibles, y no si fue la correcta o la preferible. Australia añade que el error del Grupo Especial a este respecto afecta directamente, e igualmente contamina, la constatación, no demasiado clara, del Grupo Especial con respecto a las conclusiones del IRA acerca de la probabilidad de propagación.

34. En relación con la probabilidad de radicación de la niebla del peral y del manzano en Australia, Australia aduce que la crítica del Grupo Especial de que el IRA no tuvo en cuenta la

[60] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 108.

[61] Australia explica, en el párrafo 42 de su comunicación del apelante, que al evaluar cuantitativamente la probabilidad de entrada, radicación y propagación, el IRA evaluó cada paso en los esquemas de importación y distribución, utilización y generación y eliminación de residuos utilizando una distribución de probabilidad. El IRA utilizó, según era procedente, distribuciones Pert, triangulares y uniformes. Cada una de esas distribuciones tiene como parámetros valores mínimos y máximos, pero sólo la distribución Pert y la distribución triangular tienen como tercer parámetro el "valor más probable". Australia explica que se utilizaron distribuciones uniformes (en las que todos los valores del intervalo entre los valores mínimo y máximo tienen la misma probabilidad de ocurrir) en los casos en que la información de que se disponía era insuficiente para determinar el valor más probable.

diferencia entre los experimentos realizados en condiciones ideales en laboratorio y en condiciones naturales pone de relieve que el Grupo Especial no planteó la cuestión adecuada, en concreto, si la estimación de probabilidad de radicación del IRA estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica, independientemente de las diferencias que pudieran existir entre las condiciones naturales y las condiciones de laboratorio.

35. En relación con las posibles consecuencias biológicas y económicas asociadas a la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano, Australia alega que, al constatar que la evaluación del IRA no se basó en testimonios científicos adecuados, el Grupo Especial se apoyó casi exclusivamente en el testimonio de un experto, el Dr. Paulin, y se centró indebidamente en los aspectos científicos de los testimonios, sin advertir que el párrafo 3 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* exige que en la evaluación del riesgo se analicen "posibles" consecuencias y se tengan en cuenta varios "factores económicos pertinentes". Afirma que, si el Grupo Especial hubiera entendido correctamente el sentido de una "evaluación del riesgo" a este respecto, no habría prescindido de las pruebas de las repercusiones económicas de los brotes de niebla del peral y del manzano en Hawkes Bay, Nueva Zelandia en 1998 y en Michigan, Estados Unidos en 2000, que se examinaron en el IRA.

b) Medidas relativas a la ALCM

36. Australia alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que en el IRA no se habían tenido debidamente en cuenta determinadas cuestiones, o que el informe se basaba en hipótesis inadecuadas, sin preguntarse "si el juicio formulado de hecho en el IRA, a pesar de las deficiencias advertidas en el razonamiento que había conducido al mismo, estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica".[62] Añade que el Grupo Especial no evaluó la importancia de los errores que constató, ni verificó si debido a ellos no podía considerarse que los juicios formulados en el IRA estuvieran dentro de un rango legítimo.

37. Australia recuerda que, con respecto a la probabilidad de importación, el IRA formuló dos estimaciones distintas para la ALCM. Con arreglo a la primera de ellas, basada en la metodología del IRA, la probabilidad estimada era el 4,1 por ciento. Con arreglo a la segunda, basada en datos comerciales de agosto de 2005 facilitados por Nueva Zelandia, la cifra correspondiente se situaba entre el 0,1 y el 0,38 por ciento. El Grupo Especial constató que el razonamiento del IRA sobre la viabilidad de la ALCM no se podía justificar objetivamente porque no tenía en cuenta la proporción de capullos con ALCM viable, habida cuenta de la posible incidencia del parasitismo de la avispa

[62] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 118.

Platygaster demades. En ningún momento constató el Grupo Especial que la estimación de la probabilidad de importación no estuviera dentro de un rango legítimo. Además, en la sección de su informe dedicada al párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial calificó la tasa de infestación del 0,1-0,38 por ciento de "más realista" que la tasa del 4,1 por ciento.[63] Australia destaca que las medidas relativas a la ALCM *se adoptaron* sobre la base de la tasa de infestación del 0,1-0,38 por ciento y aduce, en consecuencia, que el Grupo Especial ha constatado la existencia de una "deficiencia abstracta" en el "hecho advertido" de que el IRA no tuviera en cuenta la viabilidad, a pesar de que el propio Grupo Especial había llegado a la conclusión de que la tasa de infestación en la que se basó de hecho el informe era "más realista".[64]

38. En lo que respecta a la radicación y propagación de la ALCM, Australia señala que el Grupo Especial evaluó cuatro supuestas deficiencias y formuló constataciones desfavorables al IRA en relación con tres de ellas. No obstante, el Grupo Especial no planteó la cuestión "adecuada", en concreto si debido a alguna de esas deficiencias la estimación a que llegó el IRA no estaba dentro de un rango legítimo.

39. En lo que respecta a las posibles consecuencias biológicas y económicas asociadas a la entrada, radicación y propagación de la ALCM, Australia alega que el Grupo Especial incurrió en error al basarse en el testimonio del Dr. Cross según el cual sería "más apropiada" o "más objetiva y creíble" una puntuación diferente del impacto para determinados factores, y pasar por alto su afirmación de que no modificaría la puntuación global asignada en el IRA a las consecuencias de la ALCM ("baja") y de que el análisis de Australia era objetivo y creíble.[65] Australia sostiene que el Grupo Especial no analizó si el juicio global del IRA sobre las posibles consecuencias biológicas y económicas de la ALCM estaba dentro de un rango legítimo, habida cuenta de la exigencia de evaluar las "posibles" consecuencias y de tener en cuenta varios factores económicos pertinentes.[66]

3. Artículo 11 del ESD

40. Australia solicita al Órgano de Apelación que constate que el Grupo Especial no cumplió la función que le asigna el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido y revoque la constatación del Grupo Especial de que las medidas de Australia concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM, así como las medidas generales, son

[63] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 120 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1360).
[64] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 120.
[65] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 123 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.881).
[66] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 123.

incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Alega que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, ya que no consideró debidamente todas las pruebas importantes que se le habían sometido, ni entendió la metodología utilizada en el IRA.

a) Trato dado al testimonio de los expertos

41. Australia argumenta que el Grupo Especial hizo caso omiso de aspectos clave del testimonio de los expertos designados que eran favorables a Australia. Los grupos especiales deben considerar debidamente todos los elementos de prueba importantes de que dispongan y que sean pertinentes a la cuestión en litigio, e incurrirán en error si no examinan efectivamente de forma adecuada y realista elementos de prueba significativos y no evalúan su importancia. A este respecto, Australia se basa en los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* y argumenta que si en esos procedimientos el Grupo Especial incurrió en error al limitarse a reproducir los testimonios y no evaluar su importancia, el Grupo Especial que examina la presente diferencia cometió un error aún más grave, ya que en varios casos pasó completamente por alto testimonios que eran favorables a la posición de Australia.[67] Aunque los grupos especiales tienen un margen de discrecionalidad en su calidad de órganos a quienes compete la apreciación de los hechos, no por ello dejan de estar sujetos a la obligación general de hacer una evaluación objetiva de éstos. Limitarse a reproducir un testimonio sin examinarlo, o haciendo totalmente caso omiso de él, equivale a no hacer una evaluación objetiva de los hechos.[68] Australia subraya en este sentido la importancia que tenía para su posición el testimonio que se pasó por alto.

42. En lo que se refiere a la probabilidad general de importación de manzanas infestadas o infectadas, Australia argumenta que el Grupo Especial afirmó de manera incorrecta que el Dr. Deckers había declarado que la probabilidad global de importación "probablemente se ha" sobrevalorado, cuando lo que en realidad había afirmado es que esa probabilidad "podía haber sido" sobrevalorada.[69] El Grupo Especial tampoco tuvo en cuenta el hecho de que el Dr. Deckers había manifestado también que no creía que la estimación correspondiente a los pasos de importación fuese exagerada. Debía entenderse que la declaración del Dr. Deckers de que la evaluación de la probabilidad de importación del IRA no era exagerada matizaba significativamente su afirmación anterior de que la probabilidad de importación "podía haber sido" sobrevalorada. Al no reproducir ni evaluar exhaustivamente la posición del Dr. Deckers, el Grupo Especial no hizo una evaluación

[67] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 133.
[68] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 130.
[69] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 137 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.356; y la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 34 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 237).

objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD. Australia añade que agravó aún más este error el hecho de que el Grupo Especial se refiriera al testimonio del Dr. Deckers que era favorable a Australia en una nota de pie de página redactada "en términos perentorios y desdeñosos: 'Véase, no obstante, la respuesta del Dr. Deckers que figura en la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos, párrafo 259'".[70]

43. En lo que se refiere al análisis de la "exposición" realizado por el Grupo Especial, Australia aduce que éste no hizo una evaluación objetiva de los hechos, ya que se basó en el testimonio inicial del Dr. Deckers de que la probabilidad de que las bacterias epifitas se transmitan a los órganos vulnerables de una planta hospedante en el momento apropiado para que se produzca una infección es "bastante pequeña", sin reproducir su aclaración de que pensaba que la estimación del IRA según la cual la probabilidad de exposición era de 0 a 10^{-6} (entre 0 y 1 entre 1 millón) era "correcta", ni evaluar la importancia de dicha aclaración.[71]

44. En relación con el examen por el Grupo Especial del análisis realizado en el IRA de las posibles consecuencias biológicas y económicas de la niebla del peral y del manzano, Australia alega que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD, ya que se basó exclusivamente en un determinado testimonio del Dr. Paulin según el cual ciertas puntuaciones del impacto en la evaluación de las consecuencias "podrían ser exageradas", pero no reprodujo los testimonios favorables a Australia del Dr. Deckers y el Dr. Paulin, que valoraron como "altas" las posibles consecuencias biológicas y económicas de la niebla del peral y del manzano, ni evaluó la importancia de esos testimonios. Señala que la única referencia que se hacía en el informe del Grupo Especial al testimonio del Dr. Deckers favorable a Australia en este punto era una simple referencia en una nota, precedida por las palabras "[v]éase, no obstante".[72] Alega además que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque partió erróneamente de la idea de que la evaluación de las consecuencias debía basarse exclusivamente en testimonios científicos, y por ello no consideró debidamente ni mencionó las pruebas de las pérdidas de producción reales provocadas por los brotes de niebla del peral y del manzano en Hawkes Bay, Nueva Zelandia, en 1998, y en Michigan, Estados Unidos, en 2000.

45. Australia sostiene que el Grupo Especial reprodujo el testimonio del Dr. Deckers según el cual "la limitación de las exportaciones de manzanas a las manzanas maduras asintomáticas no es

[70] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 137 (donde se cita el informe del Grupo Especial, nota 1595 al párrafo 7.356).

[71] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 139 y 140 (donde se cita la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 42 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 271).

[72] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 142 (donde se cita el informe del Grupo Especial, nota 1796 al párrafo 7.465).

suficiente para conseguir el nivel adecuado de protección de Australia", pero lo desestimó sin más explicaciones.[73] Según Australia, el Grupo Especial no evaluó la importancia de este testimonio, no sólo en relación con las alegaciones formuladas por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, sino tampoco en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 de dicho Acuerdo, ya que dicho testimonio pone asimismo de manifiesto que las MSF de Australia estaban suficientemente justificadas por el IRA.

46. En relación con el uso de la distribución uniforme, Australia aduce que la constatación del Grupo Especial de que su utilización no estaba justificada se basa en el testimonio del Dr. Sgrillo, según el cual el equipo encargado del IRA debería haber utilizado una distribución triangular, y en una parte solamente del testimonio de la Dra. Schrader, en la que ésta manifestaba la opinión de que la distribución uniforme es el menos realista de los tres tipos de distribución. Australia sostiene, sin embargo, que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al no reproducir la declaración adicional de la Dra. Schrader, favorable a Australia, según la cual la distribución uniforme es útil en situaciones en la que hay "un alto grado de incertidumbre" y la información es insuficiente para determinar el valor más probable, ni evaluar la importancia de esa declaración adicional.[74]

47. En relación con la evaluación de las posibles consecuencias biológicas y económicas de la entrada, radicación y propagación de la ALCM realizada en el IRA, Australia aduce que, de conformidad con el artículo 11 del ESD, el Grupo Especial incurrió en error al no reproducir ni evaluar la importancia del testimonio aportado por el Dr. Cross favorable a Australia. El Grupo Especial reprodujo el testimonio del Dr. Cross en el que éste opinaba que determinadas puntuaciones del impacto asignadas en el IRA eran demasiado rigurosas y que se podía asignar una puntuación más creíble, pero no reprodujo el testimonio del Dr. Cross favorable a Australia, según el cual aun suponiendo que se reasignaran las puntuaciones más rigurosas (en cuanto a la preservación de los vegetales y el tratamiento de control) basándose en su apreciación de los hechos, ello no haría cambiar la calificación de "bajas" atribuida a las consecuencias globales, y, en ese sentido, "la conclusión del análisis de Australia era objetiva y creíble", ni evaluó la importancia de ese testimonio.[75]

---

[73] Respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 15 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 117.

[74] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 147 y 148 (donde se cita la respuesta de la Dra. Schrader a la pregunta 135 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafos 781-783).

[75] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 149 y 150 (donde se cita la respuesta del Dr. Cross a la pregunta 96 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 561).

b) La supuesta interpretación errónea del IRA por parte del Grupo Especial

48. Australia argumenta además que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque no entendió la metodología de evaluación del riesgo empleada en el IRA y, en particular, la elección de un intervalo de probabilidades de 0 a 10^{-6} (0 a 1 entre 1 millón) y un punto medio (si se utiliza la distribución uniforme) de 5×10^{-7} (0,5 entre 1 millón) para los sucesos que tienen una probabilidad "insignificante" de que se produzcan. Según Australia, si el Grupo Especial interpretó erróneamente un aspecto importante de lo que había hecho el evaluador del riesgo, de ello se desprende necesariamente que no cumplió las funciones que le atribuye el artículo 11 del ESD.

49. Australia recuerda que, en la metodología semicuantitativa de evaluación del riesgo del IRA, se combinó la evaluación cuantitativa de la entrada, radicación y propagación con una evaluación cualitativa de las posibles consecuencias. Al aplicar el juicio experto para obtener una estimación de la distribución de probabilidades, el equipo encargado del IRA no se vio constreñido por los intervalos que sugería la nomenclatura. De hecho, esa nomenclatura, que definía la correspondencia entre un suceso cuya probabilidad se calificaba de "insignificante" y un intervalo de probabilidad de 0 a 10^{-6} es, en sí misma y por sí misma, inevitablemente arbitraria. Lo pertinente era que la distribución de probabilidad asignada a sucesos concretos no era arbitraria. Se asignó la denominación cualitativa de "insignificante" al rango cuantitativo, y no el rango a la denominación. Según Australia, en los pasos en los que se utilizó el intervalo de 0 a 10^{-6} (paso de importación 7 y "exposición"), la cuestión pertinente para el Grupo Especial era si la estimación estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica, y no si estaba justificada la correspondencia establecida en la definición entre el rango y la denominación.

50. Australia aduce también que el Grupo Especial, al constatar que los errores metodológicos demostraban, por sí solos, la invalidez del IRA, no reconoció que el equipo encargado del IRA utilizó el intervalo de 0 a 10^{-6} sólo en dos puntos (el paso de importación 7 y la "exposición") y sólo en el caso de la "exposición" en combinación con la distribución uniforme. La conclusión del Grupo Especial de que los supuestos errores metodológicos eran suficientemente graves para demostrar por sí solos la invalidez del IRA no resulta sostenible si los límites de la utilización de los métodos impugnados se entienden en su contexto más amplio. Australia señala a este respecto que, sobre la base del intervalo impugnado, se estimó que en el paso de importación 7 sólo se contaminaban 72 manzanas sanas, cifra que a su juicio resulta insignificante en comparación con los 6 millones de manzanas infestadas que el IRA estimó que se importarían anualmente.

51. Australia concluye que, de no ser por los numerosos casos de incumplimiento de las funciones que le atribuye el artículo 11 del ESD, el Grupo Especial debería haber constatado que las MSF de Australia concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM, así como las medidas generales vinculadas a ambas plagas, eran compatibles con el párrafo 2 del artículo 2 y con los párrafos 1, 2 y 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

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

52. Australia solicita al Órgano de Apelación que revoque la conclusión del Grupo Especial que figura en el apartado e) del párrafo 8.1 de su informe según la cual las medidas impuestas con respecto a la niebla del peral y del manzano y la ALCM entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido y por tanto eran incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Solicita además al Órgano de Apelación que revoque las dos constataciones intermedias en las que se basaba esa conclusión: que Nueva Zelandia había acreditado una presunción suficientemente convincente de que la medida consistente en limitar las importaciones de manzanas de Nueva Zelandia a las manzanas maduras asintomáticas era una medida alternativa frente a la niebla del peral y del manzano que satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia[76]; y que Nueva Zelandia había acreditado *prima facie* que una inspección de una muestra de 600 unidades de cada lote de frutas importadas sería una medida alternativa con respecto a la ALCM que conseguiría el nivel adecuado de protección de Australia.[77]

53. Australia destaca que hay una doble base para revocar las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5. En primer lugar, aduce que esas constataciones deberían revocarse necesariamente en caso de revocación de las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Según Australia, las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 se basan en las que éste formuló antes en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2. Por consiguiente, si el Órgano de Apelación revoca las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2, el fundamento de las constataciones que el Grupo Especial formuló en el marco del párrafo 6 del artículo 5 desaparecería, ya que éstas no podrían sostenerse por sí mismas.

54. En segundo lugar, independientemente de sus argumentos al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2, Australia sostiene que el Grupo Especial interpretó erróneamente las prescripciones del párrafo 6 del artículo 5 y aplicó de manera inadecuada las reglas

[76] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197.
[77] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1328.

de la carga de la prueba. Aunque estableció correctamente la carga de la prueba al principio y en la conclusión de su análisis, el Grupo Especial aplicó en realidad un criterio considerablemente menos estricto. El Grupo Especial se basó "casi enteramente"[78] en su constatación final en el marco del párrafo 1 del artículo 5 acerca de la exageración en el IRA del riesgo asociado a la importación de manzanas. En relación con la niebla del peral y del manzano y la ALCM, el Grupo Especial supuestamente consideró si las medidas alternativas satisfarían el nivel adecuado de protección de Australia, pero en realidad sólo examinó la falta de adecuación percibida de la base científica de las estimaciones intermedias en el análisis del riesgo. Aun suponiendo, a efectos de argumentación, que el análisis del Grupo Especial fuera correcto, ese análisis sólo le autorizaba a concluir que, habida cuenta de las deficiencias del IRA, no cabía excluir la posibilidad de inferir que las medidas alternativas permitirían obtener el nivel adecuado de protección, lo que no es suficiente para establecer una presunción *prima facie*, que obligaría al Grupo Especial a pronunciarse a favor de la alegación. Sin embargo, el Grupo Especial "incurrió en un error de interpretación fundamental"[79] al considerar que la carga que correspondía a Nueva Zelandia no era la de demostrar que las medidas alternativas que proponía "podrían" o "podían" lograr el nivel adecuado de protección de Australia, sino de que lo "lograrían". Por consiguiente, a juicio de Australia, al trasladar prematuramente a Australia la carga de refutar la presunción de incompatibilidad, el Grupo Especial invirtió de hecho la carga de la prueba y exigió a Australia que probase la compatibilidad de sus medidas una vez que Nueva Zelandia demostró simplemente la existencia de una "duda" acerca de si la medida alternativa permitiría obtener el nivel adecuado de protección.

55. Australia sostiene además que el Grupo Especial interpretó erróneamente las palabras "nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria" del párrafo 6 del artículo 5. Para determinar si una medida alternativa propuesta por el reclamante permite lograr el nivel adecuado de protección del demandado, los grupos especiales deben aplicar la definición de "nivel adecuado de protección" de conformidad con el párrafo 5 del Anexo A del *Acuerdo MSF*. Lo mismo debe entenderse en relación con el sentido de "riesgo" en la definición de "evaluación del riesgo" del párrafo 4 del Anexo A. Con arreglo a esa definición, el "riesgo" es la combinación de "la probabilidad de entrada, radicación o propagación" de plagas, y de "las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas". No obstante, el análisis de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 realizado por el Grupo Especial se centró únicamente en la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una plaga, y no tuvo en cuenta ninguna de esas consecuencias conexas. Australia sostiene que, al no haber tenido en cuenta las posibles consecuencias, el Grupo Especial no podía haber llegado a ninguna conclusión acerca del "riesgo" asociado a las medidas alternativas de

[78] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 171.
[79] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 172.

Nueva Zelandia y, por tanto, no pudo determinar adecuadamente si esas medidas satisfacían el nivel adecuado de protección de Australia.

56. Además, Australia alega que el Grupo Especial interpretó erróneamente la exigencia de que exista "otra medida ... con la que se consiga" el nivel adecuado de protección del Miembro para establecer que la medida en litigio entraña un grado de restricción del comercio mayor del requerido. No basta constatar que las medidas alternativas "podían" o "podrían" lograr el nivel adecuado de protección. En su deseo de evitar un examen *de novo* inadmisible, el Grupo Especial no se aseguró de que las pruebas y argumentos aducidos por Nueva Zelandia demostraban que las medidas alternativas "lograrían" el nivel adecuado de protección de Australia, y en vez de ello se basó erróneamente en las constataciones que había formulado en el marco del párrafo 1 del artículo 5 en relación con las deficiencias del IRA como si éstas demostrasen también la incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5. Sin embargo, la cuestión que debe plantearse un grupo especial que evalúe un incumplimiento del párrafo 6 del artículo 5 es si una evaluación del riesgo "adecuada" habría abocado necesariamente a la conclusión de que la medida alternativa "lograría" el nivel adecuado de protección del Miembro.[80] Esto no exige un examen *de novo* inadmisible, ya que el Grupo Especial no tiene que determinar cuál es en realidad el riesgo, y por tanto no tiene que realizar una evaluación del riesgo ni formular juicios que corresponden al evaluador del riesgo. Para Australia es evidente que si el Grupo Especial se hubiese planteado la cuestión jurídica adecuada, le habría dado una respuesta negativa, ya que reconoció expresamente que una evaluación del riesgo adecuada podría abocar a la conclusión de que las medidas alternativas excedían del nivel adecuado de protección de Australia.

B. *Argumentos de Nueva Zelandia - Apelado*

1. Párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*: "Medida sanitaria o fitosanitaria"

57. Nueva Zelandia solicita al Órgano de Apelación que confirme las constataciones del Grupo Especial de que las 16 medidas en litigio, tanto en su conjunto como individualmente, son MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A y están abarcadas por el *Acuerdo MSF*. Según Nueva Zelandia la utilización del concepto de MSF que hace Australia -y, en particular, la supuesta distinción entre medidas "principales" y "accesorias"- se basa en una "mera afirmación" "y carece de fundamento en el Acuerdo MSF o en la jurisprudencia".[81]

58. Nueva Zelandia se refiere al argumento de Australia de que si *no* se establece una distinción entre medidas principales y accesorias "cada detalle de un régimen administrativo podría ser

[80] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 179.
[81] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.6.

considerado aisladamente, para evaluar de forma separada su conformidad" con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y los párrafos 1, 2 y 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[82] A juicio de Nueva Zelandia, este argumento prescinde de dos cosas. En primer lugar, en el marco del *Acuerdo MSF* sólo están sujetas a examen las MSF que afectan directa o indirectamente al comercio internacional, por lo que no todos los detalles pueden ser objeto de evaluación. En segundo lugar, lo que hace falta para cumplir las obligaciones establecidas en el *Acuerdo MSF* depende de las circunstancias concretas y de la naturaleza de las medidas en litigio. Cuando las medidas están estrechamente relacionadas entre sí y se apoyan en un grado significativo en la misma base científica, ese hecho es pertinente para determinar si esas medidas están en conformidad con las obligaciones aplicables.

59. Nueva Zelandia hace referencia a los argumentos de Australia según los cuales para que una medida sea una MSF, es necesario que tenga las tres características esenciales que exige la primera frase del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, y el Grupo Especial debería haberse preguntado si cada medida implicaba, en la práctica y con arreglo a su finalidad declarada, la realización de una acción o la adopción de un modo de proceder concretos y reconocibles con el fin de proteger frente a algún riesgo pertinente. No obstante, Nueva Zelandia subraya que el Grupo Especial enfocó esta cuestión de conformidad con el texto del *Acuerdo MSF* y con la jurisprudencia pertinente, y no con la definición de Australia. El Grupo Especial examinó, en primer lugar, si la finalidad de las 16 medidas correspondía a los apartados a) a d) del párrafo 1 del Anexo A; y, en segundo lugar, si las medidas correspondían a los elementos relativos a la "forma y naturaleza" a que se refiere la última frase del párrafo 1 del Anexo A.[83] Nueva Zelandia sostiene que, en todo caso, el Grupo Especial examinó los tres elementos de las MSF identificados por Australia.

60. En relación con el primer elemento identificado por Australia, a saber, que el instrumento implique la realización de una acción o la adopción de un modo de proceder, Nueva Zelandia señala que el Grupo Especial confirmó que "cada una de las 16 medidas obliga a Nueva Zelandia o a sus productores de manzanas, almacenes de embalaje y comerciantes a <u>hacer algo</u> como condición para que las manzanas neozelandesas tengan acceso al mercado australiano".[84] En relación con el segundo, a saber, que las medidas se "hayan utilizado o puesto efectivamente en práctica", el Grupo Especial constató que "Nueva Zelandia tiene que cumplir cada una de las medidas para poder exportar

[82] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.11 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 58).

[83] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.17 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.118 y 7.119; y a la segunda comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafos 75 y 76).

[84] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.21 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.161). (el subrayado es de Nueva Zelandia)

manzanas a Australia" y que, por tanto, las medidas se "utilizaron o se pusieron en práctica".[85] El Grupo Especial examinó asimismo el tercer elemento de la definición de Australia e identificó la finalidad de las 16 medidas. El Grupo Especial analizó los elementos del párrafo 1 a) del Anexo A, examinando el objeto al que se refería proteger ("la salud y la vida de los animales" o "preservar los vegetales"), el espacio ("en el territorio del Miembro") y el riesgo ("los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades"). En opinión de Nueva Zelandia, el Grupo Especial llegó acertadamente a la conclusión de que las 16 medidas se aplicaban para proteger frente a una categoría de riesgo especificada en el párrafo 1 a) del Anexo A.[86]

61. Nueva Zelandia hace también referencia al argumento de Australia de que la NIMF Nº 5, en la que se establece una distinción entre "medidas fitosanitarias" y "procedimientos fitosanitarios", respalda la exclusión de las medidas "accesorias" de la definición de "medida sanitaria o fitosanitaria". Nueva Zelandia responde que la definición de MSF del *Acuerdo MSF* es clara e inequívoca y no excluye a determinadas MSF por el hecho de que "respalden", "intensifiquen" o "apliquen" otras MSF. Además, según Nueva Zelandia, cabe perfectamente que un régimen sanitario o fitosanitario esté integrado por muchas medidas relacionadas entre sí. El hecho de que una medida esté relacionada con otra no hace que deje de ser una MSF propiamente dicha. Nueva Zelandia sostiene además que la última frase del párrafo 1 del Anexo A enumera, a título de ejemplo de MSF, justamente el tipo de medidas que según Australia son medidas "accesorias".

2. Párrafos 1 y 2 del artículo 5 y párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

62. Nueva Zelandia solicita al Órgano de Apelación que rechace la alegación de Australia de que el Grupo Especial interpretó y aplicó erróneamente los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* y constate, por el contrario, que el Grupo Especial interpretó correctamente lo que constituye una "evaluación del riesgo" e interpretó y aplicó adecuadamente los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* de conformidad con las orientaciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*.

63. Nueva Zelandia argumenta que las dos afirmaciones principales de Australia (que el criterio de objetividad y coherencia establecido en el párrafo 591 de los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* debería aplicarse únicamente a las conclusiones a que se llegó en última instancia y que los grupos especiales sólo deberían examinar si

[85] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.22 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.161, y la comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 63).

[86] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.23 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.139).

los juicios de los expertos estaban dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica) están "destinadas a evitar que el IRA sea objeto de un verdadero examen".[87]

64. Según Nueva Zelandia, el análisis que hace Australia de los conceptos de "testimonios científicos suficientes" (párrafo 2 del artículo 2 y párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*) y de "adecuada a las circunstancias" y "técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes" (párrafo 1 del artículo 5), no es claro. Nueva Zelandia admite que la evaluación del riesgo entraña a menudo un cierto grado de incertidumbre científica y que en tal caso puede recurrirse al juicio de los expertos, pero argumenta que el tercer criterio utilizado en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, que requiere que el razonamiento de una evaluación del riesgo sea "objetivo y coherente" y que "las conclusiones extraídas encuentr[e]n suficiente respaldo en los testimonios científicos", es también aplicable al razonamiento y las conclusiones basados en parte en la aplicación del juicio de los expertos.

65. Nueva Zelandia alega que, a diferencia de la definición propuesta por Australia, la expresión "adecuada a las circunstancias" del párrafo 1 del artículo 5 prevé un cierto grado de flexibilidad en cuanto a la naturaleza de la evaluación del riesgo, pero no permite apartarse de las obligaciones sustantivas del párrafo 1 del artículo 5. Recuerda que, durante los ocho años que duró el proceso de evaluación del riesgo con respecto a las manzanas neozelandesas, Australia abandonó su habitual enfoque "cualitativo" para evaluar el riesgo y adoptó un enfoque "semicuantitativo" en el que se evaluó cuantitativamente la probabilidad de entrada, radicación y propagación. Nueva Zelandia señala asimismo que el Grupo Especial se mostró de acuerdo con los expertos que había designado en que "sólo debería aplicarse una metodología cuantitativa 'cuando se dispone de datos numéricos específicos y fiables'".[88]

66. Nueva Zelandia observa que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5, independientemente de la metodología concreta de evaluación del riesgo adoptada por un Miembro de la OMC, con arreglo al tercer criterio establecido en el párrafo 591 de los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* debe haber una relación suficiente entre los testimonios científicos y las conclusiones alcanzadas por el evaluador del riesgo. La NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11, que establecen los principios generales de la evaluación del riesgo, no pueden utilizarse para limitar las obligaciones específicas recogidas en el párrafo 1 del artículo 5. En particular, Nueva Zelandia alega que, aunque la evaluación del riesgo tenga en cuenta técnicas de

[87] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.40.
[88] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.47 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.441).

evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, no está "exenta" de un examen en el marco del párrafo 1 del artículo 5, ni puede considerarse que esté objetivamente justificada únicamente porque el Miembro que ha de aplicar las resoluciones y recomendaciones indique que se utilizó el juicio de los expertos.

67. Nueva Zelandia afirma que el criterio de "objetividad y coherencia" establecido en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* se refiere a "conclusiones concretas", y no sólo a las "conclusiones a que se llegó en última instancia", y que la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11 ni reemplazan dicho criterio ni le restan fuerza. Alega que exigir a los grupos especiales que evalúen únicamente las "conclusiones a que se llegó en última instancia" equivale a prohibirles hacer una evaluación objetiva, ya que se les impediría examinar las relaciones pertinentes entre los testimonios científicos, las determinaciones intermedias y las conclusiones a que se llegó finalmente.

68. Nueva Zelandia rechaza la afirmación de Australia de que el Grupo Especial incurrió en error al examinar si el propio Grupo Especial o los expertos designados por él habrían formulado el mismo juicio que formuló la Administración de Bioseguridad de Australia en las etapas intermedias del IRA. En opinión de Nueva Zelandia, el Grupo Especial no hizo tal cosa, sino que evaluó si los testimonios científicos que respaldaban el IRA eran objetivos y coherentes. Según Nueva Zelandia, la afirmación de Australia de que los grupos especiales deberían evaluar si una conclusión intermedia en una evaluación del riesgo está dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica establecería para los grupos especiales que examinasen una evaluación del riesgo un umbral inferior al expuesto por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* y que eliminaría la necesidad de evaluar la relación entre los testimonios científicos y las conclusiones alcanzadas en una evaluación del riesgo.

69. Nueva Zelandia rechaza la tesis de Australia según la cual, en los casos en que se había recurrido al juicio de los expertos en respuesta a la incertidumbre científica, el Grupo Especial sólo podía examinar si ese juicio de los expertos podía considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica. Afirma que el IRA no tuvo que hacer frente a un nivel de incertidumbre científica sin precedentes, y que el criterio propuesto por Australia impediría a los grupos especiales evaluar la relación entre los testimonios científicos y las conclusiones.

70. Nueva Zelandia discrepa de la afirmación de Australia de que el Grupo Especial no evaluó la importancia de las deficiencias que constató en las etapas intermedias del IRA ni analizó si esas deficiencias socavaban la evaluación del riesgo en su conjunto. Nueva Zelandia aduce que el Grupo Especial se centró en la importancia de las deficiencias que constató en las etapas intermedias del IRA y evaluó el efecto acumulativo de esas deficiencias.

71. Nueva Zelandia afirma que, en contra de lo que alega Australia, el Grupo Especial no pasó por alto la utilización que se hizo en el IRA del juicio de los expertos porque no estuviese documentada ni fuese transparente, sino que rechazó la idea de que el mero hecho de que se hubiera recurrido al juicio de los expertos obligara a un grupo especial a confirmar las conclusiones a que se hubiera llegado a través de ese juicio.

a) Medidas relativas a la niebla del peral y del manzano

72. Nueva Zelandia dice que carecen de fundamento las afirmaciones de Australia de que, dado que no evaluó la importancia de las supuestas deficiencias del IRA, no examinó si las conclusiones de ese informe estaban dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica y aplicó de forma incorrecta el criterio requerido de suficiencia científica, el Grupo Especial interpretó y aplicó erróneamente los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* al constatar que las medidas de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano son incompatibles con esas disposiciones.

73. En primer lugar, Nueva Zelandia no comparte la opinión de que el Grupo Especial no evaluó la importancia de las deficiencias que constató en el IRA porque no consideró debidamente el importante testimonio del Dr. Deckers que era favorable a Australia. Las opiniones del Dr. Deckers sobre la probabilidad de importación eran congruentes con las de los demás expertos, y Australia saca de contexto su afirmación de que la previsión del IRA, que cifraba en el 3,9 por ciento la probabilidad de importar manzanas infestadas con niebla del peral y del manzano, no era exagerada. Si se interpretan en su contexto, es evidente que las observaciones del Dr. Deckers se referían a la manera en que se habían agregado los pasos de importación en el IRA, y no a la cifra global del 3,9 por ciento. Además, el Grupo Especial no hizo caso omiso de las opiniones del Dr. Deckers sobre las consecuencias, y su testimonio de que "la limitación de las exportaciones de manzanas a las manzanas maduras asintomáticas no es suficiente para conseguir el nivel adecuado de protección de Australia" debe analizarse en el marco del párrafo 6 del artículo 5, y no en el del párrafo 1 del artículo 5, como sugiere Australia.[89] Nueva Zelandia añade que, en cualquier caso, el testimonio en cuestión no era favorable a Australia.

74. En segundo lugar, Nueva Zelandia aduce que no debería adoptarse el criterio propuesto por Australia, basado en lo que es "legítimo según los criterios de la comunidad científica", ya que ese criterio no se ajusta a lo declarado por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá* -

[89] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.95 (donde se cita la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 15 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 117).

Mantenimiento de la suspensión.[90] Nueva Zelandia admite que el Grupo Especial no estaba obligado a realizar su propia evaluación del riesgo ni podía hacerlo, pero destaca que el Grupo Especial aplicó correctamente el criterio requerido de objetividad y coherencia del razonamiento en su análisis de los pasos de importación 1, 2, 3, 5 y 7, así como de la exposición y la propagación, la distribución uniforme, la radicación y las consecuencias de la niebla del peral y del manzano.

75. En relación con el paso de importación 1, Nueva Zelandia afirma que Australia no ha demostrado que el Grupo Especial incurriese en error al no tener plenamente en cuenta el testimonio del Dr. Paulin relativo a la probabilidad de presencia de *Erwinia amylovora* en cualquier huerto de origen en Nueva Zelandia o no evaluar la importancia que tendría, en el marco del paso de importación 1, una eventual sobrevaloración en lo que respecta a la probabilidad global de importación o la evaluación global del riesgo, ya que el Grupo Especial tuvo íntegramente en cuenta el testimonio pertinente del Dr. Paulin y destacó la importancia de una posible sobrevaloración correspondiente al paso de importación 1.

76. Nueva Zelandia rechaza las críticas de Australia a la evaluación que realizó el Grupo Especial del paso de importación 2, entre ellas la afirmación de que el Grupo Especial incurrió en error al no seguir las orientaciones del Órgano de Apelación conforme a las cuales la incertidumbre científica o el carácter no concluyente de la información no eximen al evaluador del riesgo de la necesidad de evaluarlo. Nueva Zelandia aduce que el Grupo Especial era consciente de la incertidumbre científica o del carácter no concluyente de la información, pero que eso no excusa el incumplimiento del *Acuerdo MSF*; que el Grupo Especial utilizó la palabra "combinaron" simplemente para decir "reunieron" y explicó que el IRA no indicaba de manera transparente cómo se habían utilizado en el paso de importación 2 los datos científicos tomados de una serie de estudios diferentes; que el Grupo Especial formuló constataciones que satisfarían la prueba de Australia basada en lo que está "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica" (aunque esa prueba está viciada en sí misma); y que el Grupo Especial examinó la importancia de las sobrevaloraciones correspondientes al paso de importación 2.[91]

77. En relación con el paso de importación 3, Nueva Zelandia rechaza las alegaciones de Australia de que el Grupo Especial incurrió en error al pasar por alto la necesidad práctica de formular un juicio de evaluación del riesgo aun en caso de disponer de escasos testimonios científicos, al no evaluar si la comunidad científica podía considerar legítimas las estimaciones de Australia y al no evaluar la importancia de una posible sobrevaloración en el marco del paso de importación 3. El

[90] Véase, por ejemplo, la comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.115.
[91] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafos 2.113-2.116.

Grupo Especial no exigió a Australia que realizase ningún tipo concreto de evaluación del riesgo. Antes bien, en aplicación del requisito de que los juicios de un evaluador del riesgo se puedan justificar objetivamente, el Grupo Especial no consideró que la estimación de Australia estuviese suficientemente respaldada por testimonios científicos. Nueva Zelandia argumenta además que el Grupo Especial evaluó la importancia de una posible sobrevaloración correspondiente al paso de importación 3.

78. En respuesta a las alegaciones de Australia en relación con el paso de importación 5, según las cuales el Grupo Especial incurrió en error al no determinar si el paso de importación 5 podía considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica ni evaluar la importancia de una posible sobrevaloración correspondiente a ese paso de importación, Nueva Zelandia afirma que el Grupo Especial evaluó la conexión entre las conclusiones del IRA sobre el paso de importación 5 y los testimonios científicos y consideró la importancia de cualquier posible sobrevaloración correspondiente al paso de importación 5.

79. De forma análoga, en lo que se refiere a los argumentos de Australia en relación con el paso de importación 7, Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial evaluó la conexión entre las conclusiones del IRA sobre el paso de importación 7 y los testimonios científicos[92] y consideró el efecto acumulativo del paso de importación 7.

80. En relación con la exposición y la propagación, Nueva Zelandia afirma que Australia sostiene erróneamente que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la posibilidad de que se produjera una transferencia a pesar de la falta de testimonios científicos directos sobre mecanismos de transferencia específicos, y formuló su constatación sobre la exposición sin evaluar el rango de estimaciones que la comunidad científica consideraría legítimo, pasando por alto al mismo tiempo el testimonio del Dr. Deckers. Nueva Zelandia aduce que no se estableció ante el Grupo Especial que pudiera producirse la transferencia, que el Grupo Especial consideró los testimonios científicos pertinentes y que evaluó el testimonio del Dr. Deckers sobre la exposición.

81. Nueva Zelandia rechaza las alegaciones de Australia de que el Grupo Especial incurrió en error al no preguntarse si la utilización de la distribución uniforme estaba dentro del rango de juicios legítimos disponibles y no evaluar la importancia del testimonio de la Dra. Schrader, según el cual la distribución uniforme podría ser útil, y responde que el Grupo Especial analizó la posibilidad de utilizar distribuciones uniformes y evaluó adecuadamente el testimonio de la Dra. Schrader.

[92] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.131.

82. En relación con la radicación, Nueva Zelandia discrepa de las afirmaciones de Australia según las cuales el Grupo Especial no evaluó si la estimación de la probabilidad de radicación del IRA estaba dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica, y afirma que el Grupo Especial evaluó correctamente si las conclusiones del IRA estaban suficientemente respaldadas por los testimonios científicos y eran por tanto objetivas y coherentes.

83. Nueva Zelandia rechaza los argumentos de Australia según los cuales el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de las consecuencias de la niebla del peral y del manzano, por no haber tenido en cuenta las pruebas económicas de las pérdidas de producción reales que se demostró que habían sido provocadas por anteriores brotes de niebla del peral y del manzano y prescindir de las opiniones del Dr. Paulin y el Dr. Deckers según las cuales era adecuado calificar las consecuencias de "altas". A juicio de Nueva Zelandia, el Grupo Especial no dejó de examinar ninguna prueba económica pertinente ni pasó por alto los testimonios pertinentes de los expertos sobre las consecuencias de la niebla del peral y del manzano.

b) Medidas relativas a la ALCM

84. En relación con la ALCM, Nueva Zelandia discrepa del argumento de Australia de que el Grupo Especial no evaluó si la estimación de la probabilidad de importación estaba dentro de un rango legítimo. Nueva Zelandia responde que no debe adoptarse el criterio propuesto por Australia basado en lo que está "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica" porque no se ajusta a las orientaciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, que Australia equipara los conceptos de "tasa de infestación" y "probabilidad de la importación"[93] y que el Grupo Especial concluyó razonablemente que el razonamiento del IRA no se podía justificar objetivamente.[94] Nueva Zelandia discrepa de la afirmación de Australia de que el Grupo Especial no evaluó la importancia de las deficiencias advertidas en el IRA, por cuanto éste no estaba obligado ni autorizado a realizar su propia evaluación del riesgo y evaluó la importancia de esas supuestas deficiencias. Además, Nueva Zelandia rechaza el argumento de Australia de que el Grupo Especial incurrió en error al no evaluar si el juicio general formulado en el IRA estaba dentro de un rango legítimo, como ponía de manifiesto el hecho de que el Grupo Especial no se hubiera referido al testimonio del Dr. Cross, porque no debía adoptarse el criterio propuesto por Australia, basado en lo que está "dentro de un rango que pudiera

[93] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.186.
[94] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafos 2.187-2.190.

considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica" y el Grupo Especial no estaba obligado a hacer referencia al testimonio del Dr. Cross.[95]

3. Artículo 11 del ESD

85. Nueva Zelandia solicita al Órgano de Apelación que rechace la alegación de Australia de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD. Remitiéndose al informe del Órgano de Apelación en *Brasil - Neumáticos recauchutados*, Nueva Zelandia señala que los grupos especiales gozan de discrecionalidad al evaluar si determinado elemento de prueba es o no pertinente a los efectos de su razonamiento, y no están obligados a analizar en su informe todos y cada uno de los elementos de prueba.[96]

a) Trato dado al testimonio de los expertos

86. Nueva Zelandia subraya las diferencias entre las circunstancias que concurren en el presente caso y las de *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*. Señala que en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* había dudas justificables en cuanto a la independencia o imparcialidad de los dos expertos en los que el Grupo Especial se basó ampliamente, mientras que los expertos en los que se ha basado el Grupo Especial en la presente diferencia son claramente independientes e imparciales.[97] A continuación, Nueva Zelandia examina las declaraciones específicas formuladas por los expertos que, según Australia, el Grupo Especial pasó por alto.

87. En primer lugar, Nueva Zelandia aduce que la declaración del Dr. Deckers de que la probabilidad global de importación "no era exagerada" no es favorable a Australia y, además, que el Grupo Especial evaluó su importancia.[98] Alega que esta declaración no matiza la declaración anterior del Dr. Deckers de que la probabilidad de importación "podía haber sido sobrevalorada".[99] Sostiene además que la declaración relativa a la probabilidad global de importación no respalda la posición de Australia, ya que el Dr. Deckers consideró que las probabilidades evaluadas en el marco de los pasos

[95] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafos 2.201 y 2.202.
[96] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.207 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 202).
[97] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.209.
[98] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafos 2.217-2.222 (donde se cita la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informe del Grupo Especial, anexo B-2, Dr. Deckers, párrafo 259).
[99] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.220 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 137; y donde se cita la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 34 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 237).

de importación 2, 3 y 5, que se combinaron como partes de la probabilidad global de importación, estaban sobrevaloradas.

88. En segundo lugar, Nueva Zelandia señala que, al declarar que la estimación del IRA sobre la exposición como un intervalo de 0 a 10^{-6} parecía correcta, el Dr. Deckers "no estaba haciendo una observación fundamentada sobre el intervalo"[100], ya que no estaba considerando si la probabilidad en cuestión es la correspondiente a un suceso que casi con toda seguridad no tendría lugar. Señala además que el Dr. Deckers admitió que no tenía conocimientos técnicos suficientes para examinar la idoneidad de los métodos de análisis del riesgo.

89. En tercer lugar, en lo que respecta a la evaluación de las consecuencias asociadas a la niebla del peral y del manzano realizada en el IRA, Nueva Zelandia alega que el Grupo Especial hizo una evaluación objetiva de las opiniones del Dr. Deckers y del Dr. Paulin y decidió basarse fundamentalmente en las opiniones del Dr. Paulin porque eran más amplias y detalladas en este punto que las del Dr. Deckers. Aduce también que la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 11 del Grupo Especial y su testimonio sirven de poca ayuda para analizar si era coherente y objetiva la evaluación de las posibles consecuencias de la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano realizada en el IRA.

90. En cuarto lugar, Nueva Zelandia aduce que, al concluir que la limitación de las exportaciones de manzanas a las manzanas maduras asintomáticas satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia, el Grupo Especial consideró debidamente la totalidad de las pruebas y no desestimó sin más explicaciones, como alega Australia, el testimonio del Dr. Deckers según el cual esa limitación no basta para lograr el nivel adecuado de protección de Australia.

91. En quinto lugar, Nueva Zelandia alega que no podía aplicarse al IRA la declaración general de la Dra. Schrader, según la cual el uso de la distribución uniforme es útil cuando no hay suficiente información para determinar el valor más probable, ya que dicha declaración se basaba en la existencia de un valor máximo adecuadamente justificado, y el valor máximo no estaba adecuadamente justificado en el IRA. Además, aduce que el Grupo Especial optó acertadamente por basarse principalmente en las respuestas de los expertos que se habían ocupado de la utilización en el IRA de la distribución uniforme en combinación con el intervalo de 0 a 10^{-6}.

92. Por último, Nueva Zelandia rechaza el argumento de Australia de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de las opiniones del Dr. Cross sobre la ALCM, ya que no reprodujo en su informe un aspecto de su testimonio. Remitiéndose al informe del Órgano de Apelación en

[100] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.224.

CE - Hormonas, Nueva Zelandia subraya que a los grupos especiales se les debe conceder un considerable margen de discreción en el momento de determinar cuáles son las declaraciones que deben reflejar explícitamente en su informe.[101]

b) La supuesta interpretación errónea del IRA por parte del Grupo Especial

93. Nueva Zelandia rechaza la afirmación de Australia de que el Grupo Especial no entendió correctamente la utilización en el IRA del intervalo de 0 a 10^{-6} y la distribución uniforme para representar sucesos cuya probabilidad es insignificante. En primer lugar, el Grupo Especial actuó correctamente al examinar la correspondencia en la definición entre el término "insignificante" y el intervalo y la distribución. El cuadro 12 del IRA establece una serie de denominaciones en relación con la probabilidad que corresponden a intervalos cuantitativos de probabilidad, y define la probabilidad "insignificante" como la correspondiente a un suceso que "casi con toda seguridad no tendría lugar".[102] En segundo lugar, el Grupo Especial entendió correctamente lo que representaban el intervalo y la distribución uniforme asignados a los sucesos cuya probabilidad era "insignificante". El Grupo Especial constató que la conjunción del intervalo "insignificante" y la distribución uniforme no era adecuada para establecer modelos sobre sucesos que casi con toda seguridad no tendrían lugar. Por último, el Grupo Especial constató correctamente que los errores metodológicos eran suficientemente graves para demostrar por sí solos la invalidez del IRA. Nueva Zelandia señala que el intervalo en cuestión se asignó a más de un tercio de todos los intervalos utilizados en el IRA, y que el Dr. Sgrillo y el Dr. Latorre declararon que el trato que se daba en el IRA al intervalo "insignificante" planteaba problemas fundamentales.

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

94. Nueva Zelandia solicita al Órgano de Apelación que confirme la conclusión del Grupo Especial de que las medidas de Australia concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Sostiene que el Grupo Especial constató con acierto que Nueva Zelandia había acreditado una presunción de que la medida consistente en limitar las importaciones de manzanas de Nueva Zelandia a las manzanas maduras asintomáticas era una medida alternativa frente a la niebla del peral y del manzano que satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia, y que había acreditado *prima facie* que la inspección de una muestra de 600 unidades de cada lote de frutas importadas sería una medida alternativa con respecto a la ALCM que conseguiría el nivel adecuado de protección de Australia.

[101] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.252 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 138).
[102] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.261.

95. En respuesta al argumento de Australia conforme al cual las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 deberían revocarse necesariamente en caso de revocación de las constataciones que formuló en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, Nueva Zelandia aduce que, dado que estas últimas no debían ser revocadas, no se daban las condiciones para la revocación consiguiente de las primeras. En cualquier caso, sostiene que Australia yerra al afirmar que las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 son en gran medida consecuencia de las formuladas en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2, porque Australia no tuvo en cuenta el segundo paso del análisis del Grupo Especial en el que éste evaluó la afirmación de Nueva Zelandia de que, en lo que respecta a la niebla del peral y del manzano y a la ALCM, las manzanas maduras asintomáticas no entrañan un riesgo que exceda del nivel adecuado de protección de Australia.

96. Nueva Zelandia sostiene que el argumento de Australia conforme al cual el Grupo Especial, pese a haber articulado correctamente la carga de la prueba, aplicó de hecho un criterio considerablemente menos estricto, "no resiste un análisis serio".[103] Aunque Australia afirma que el Grupo Especial se basó "casi enteramente"[104] en la constatación que formuló en el marco del párrafo 1 del artículo 5 acerca de la exageración del riesgo en el IRA, sus constataciones en el marco de esa disposición constituyeron únicamente el punto de partida de su análisis, y no algo en lo que se basara "casi enteramente". El Grupo Especial adoptó un enfoque en dos etapas, analizando en primer lugar si el cálculo que efectuó Australia del riesgo resultante de la importación de manzanas de Nueva Zelandia era exagerado, y examinando de forma más directa en segundo lugar si las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia reducirían el riesgo al nivel adecuado de protección de Australia o a un nivel inferior a éste. Nueva Zelandia aduce que Australia yerra cuando afirma que en la segunda etapa el Grupo Especial se limitó a examinar la falta de adecuación advertida en la base científica de las estimaciones intermedias del IRA. Lejos de ello, el Grupo Especial analizó la tesis de Nueva Zelandia de que las manzanas maduras asintomáticas no entrañan un riesgo de transmisión de la niebla del peral y del manzano o de la ALCM que exceda del nivel adecuado de protección de Australia. El Grupo Especial no se limitó a basarse en sus constataciones en el marco del párrafo 1 del artículo 5: examinó los argumentos expuestos por Nueva Zelandia y las opiniones de los expertos. A este respecto, Nueva Zelandia destaca que fue especialmente procedente que el Grupo Especial examinara los testimonios científicos que figuraban en el IRA y verificara la afirmación de Nueva Zelandia con ayuda de los expertos, puesto que Australia se había basado *exclusivamente* en la validez del IRA para refutar la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del

[103] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.290.

[104] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.288 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 171).

artículo 5. Después de haber procedido de esa forma, Australia no puede alegar que el Grupo Especial incurrió en error por tener en cuenta los testimonios que figuraban en el IRA en su análisis en el marco del párrafo 6 del artículo 5. Nueva Zelandia sostiene, en consecuencia, que no hubo "desplazamiento"[105] de la carga de la prueba.

97. Nueva Zelandia cuestiona también la alegación de Australia de que el Grupo Especial, a lo largo de todo su examen de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5, no tuvo en cuenta las posibles consecuencias biológicas y económicas y en lugar de ello se centró únicamente en la probabilidad de entrada, radicación y propagación de las plagas. El Grupo Especial observó que ya había evaluado las posibles consecuencias biológicas y económicas en su análisis en el marco del párrafo 1 del artículo 5, y se remitió a las constataciones correspondientes en el análisis realizado en el marco del párrafo 6 del artículo 5, en concreto, en el párrafo 7.1152 de su informe en lo que respecta a la niebla del peral y del manzano, y en el párrafo 7.1307, en lo que respecta a la ALCM.[106] Además, el Grupo Especial admitió que Nueva Zelandia había acreditado la presunción de que no había testimonios científicos de que las manzanas maduras asintomáticas pudieran constituir una vía para la transmisión de la niebla del peral y del manzano, y de que las condiciones para la entrada, radicación y propagación de la ALCM "probablemente 'casi nunca se [dieran]'", incluso en presencia del "nivel de infestación en el 'peor de los casos'".[107] A la luz de estas constataciones, así como de su anterior constatación de que la evaluación de las consecuencias realizada en el IRA no se podía justificar objetivamente, el Grupo Especial estimó que no tenía necesidad de seguir examinando las consecuencias en esa parte de su análisis.

98. Con respecto al argumento de Australia según el cual el Grupo Especial no determinó si una evaluación del riesgo adecuada hubiera conducido necesariamente a concluir que la medida alternativa lograría el nivel adecuado de protección de Australia, Nueva Zelandia aduce que esa determinación constituiría una inadmisible evaluación *de novo* del riesgo. Australia exige un grado de certeza científica que sólo puede obtenerse mediante una evaluación del riesgo. Según Nueva Zelandia, el Grupo Especial no podía formular la determinación que pretende Australia sin realizar una evaluación del riesgo real. Nueva Zelandia reitera que en sus argumentos Australia pasa por alto lo que, según constató el Grupo Especial, había demostrado Nueva Zelandia, en relación con la probabilidad de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano y de la ALCM,

[105] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.300 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 173).

[106] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafos 2.304 y 2.305.

[107] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.309 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1312).

y señala que es difícil imaginar qué más podía haber hecho el Grupo Especial sin llevar a cabo un examen *de novo*.

C. *Alegaciones de error formuladas por Nueva Zelandia - Otro apelante*

1. Párrafo 1 a) del Anexo C y artículo 8 del *Acuerdo MSF*

99. Nueva Zelandia solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y su alegación consiguiente al amparo del artículo 8 del *Acuerdo MSF* no estaban comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Aduce que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que Nueva Zelandia no había identificado debidamente la medida en litigio en el contexto de sus alegaciones al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 y que debía impugnar el "proceso relativo al IRA" concluido como medida distinta de las especificadas en él. Nueva Zelandia solicita también al Órgano de Apelación que complete el análisis de la alegación neozelandesa de demoras indebidas.

100. Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial incurrió en tres errores fundamentales en relación con la interpretación del párrafo 1 a) del Anexo C del *Acuerdo MSF* y el párrafo 2 del artículo 6 del ESD: i) partió del supuesto erróneo de que la medida en litigio debe causar *directamente* el incumplimiento de las obligaciones; ii) empañó la distinción entre medidas en litigio y alegaciones; y iii) al insistir en que el proceso relativo al IRA era, pese a haber expirado, la única medida que podía ser impugnada, prescindió del hecho de que son las medidas impugnadas por Nueva Zelandia las que siguen menoscabando ventajas.

101. Nueva Zelandia sostiene que no hay ninguna prescripción que exija que la medida en litigio cause directamente el incumplimiento de una obligación, y se remite en apoyo de su tesis al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el párrafo 1 del artículo X del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("GATT de 1994") y las disposiciones del *Acuerdo sobre Salvaguardias*. Así, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, no es la medida en litigio la que causa la transgresión, sino la ausencia de una evaluación del riesgo que pueda justificarse objetivamente. Nueva Zelandia añade que el informe del Órgano de Apelación en *CE - Determinadas cuestiones aduaneras* corrobora esta afirmación. En ese asunto el Órgano de Apelación trató de garantizar que la obligación a que se refería la impugnación no limitara cuáles podían ser las "medidas en litigio", y declaró que "un reclamante está facultado a incluir en su

solicitud de establecimiento una alegación de incompatibilidad con un acuerdo abarcado de cualquier medida que pueda ser objeto de un procedimiento de solución de diferencias".[108]

102. Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la medida en litigio ha de ser necesariamente los "procedimientos" a que se refiere la parte introductoria del párrafo 1 del Anexo C del *Acuerdo MSF*. Al hacerlo, el Grupo Especial limitó indebidamente las medidas en litigio en función de la obligación específica supuestamente incumplida, empañando la distinción entre alegaciones y medidas en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. En cambio, el Órgano de Apelación sostuvo en *CE - Determinadas cuestiones aduaneras* que la "manera" de aplicar pertinente a los efectos del párrafo 3 del artículo X del GATT de 1994 no ha de ser identificada necesariamente como la medida en litigio. De forma análoga, la referencia a los "procedimientos de aprobación" en el párrafo 1 a) del Anexo C no implica que esos "procedimientos de aprobación" hayan de ser identificados como las medidas en litigio.[109] Nueva Zelandia observa también que la constatación del Grupo Especial está en contradicción con la del Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, en el que la medida en litigio era la moratoria *de facto*, y no los "procedimientos" a que se hace referencia en la parte introductoria del párrafo 1 del Anexo C.[110]

103. Nueva Zelandia cuestiona la constatación del Grupo Especial según la cual el proceso relativo al IRA, pese a haber expirado, era la única medida que podía ser impugnada porque sigue menoscabando ventajas. Son las MSF derivadas del proceso de aprobación, y no el propio proceso, las que dan lugar a que se sigan menoscabando ventajas, y esa es la razón por la que Nueva Zelandia hizo de esas medidas el objeto de su impugnación. Las MSF están vinculadas de forma inextricable al proceso mediante el que fueron elaboradas y, por lo tanto, pueden ser impugnadas en virtud del párrafo 1 a) del Anexo C. Cuando las MSF se han elaborado y adoptado en el marco de un proceso de aprobación que ha sufrido demoras indebidas, las medidas en cuestión pueden ser el fundamento de la impugnación de esas demoras indebidas. Puede haber otras vías para plantear una alegación de demoras indebidas; por ejemplo mediante la impugnación, en relación con un proceso en curso, como medidas en litigio, del propio proceso de aprobación o de los actos u omisiones que han dado lugar a las demoras en la aprobación. De la misma forma, como el propio Grupo Especial reconoció, existe la posibilidad de caracterizar como MSF distintas las MSF sustantivas que se elaboran en el marco de

[108] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 12 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 133).

[109] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 17.

[110] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 18 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.1491 y 7.1492).

un proceso de aprobación, así como el propio proceso.[111] Sin embargo, a juicio de Nueva Zelandia, de ello no se desprende que sólo pueda impugnarse al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C el proceso de aprobación, incluso cuando haya expirado.

104. Nueva Zelandia solicita que el Órgano de Apelación complete el análisis jurídico en relación con la alegación de demoras indebidas formulada por Nueva Zelandia. Explica que en el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* el Grupo Especial constató que una demora es "indebida" si el tiempo empleado para ultimar un procedimiento de aprobación excede de lo razonablemente necesario para verificar y asegurar el cumplimiento de sus prescripciones sanitarias o fitosanitarias pertinentes.[112] Nueva Zelandia afirma que en la presente diferencia los elementos de hecho fundamentales no controvertidos que permiten establecer que el tiempo empleado en ultimar el IRA excedió del razonablemente necesario son los siguientes: i) el transcurso de un período de ocho años para ultimar el IRA; ii) cartas remitidas por el Servicio de cuarentena de Australia al inicio del proceso relativo al IRA en las que se indicaba que la evaluación del riesgo sería "rutinaria" y tardaría aproximadamente 12 meses en ultimarse porque era "técnicamente menos compleja" que procesos anteriores; iii) el reconocimiento, en un examen prescrito por el Gobierno de Australia del sistema australiano de cuarentena, de que las demoras eran "difíciles de justificar"; y iv) la ausencia de una explicación o justificación de las demoras por parte de Australia.[113]

D. *Argumentos formulados por Australia - Apelado*

1. Párrafo 1 a) del Anexo C y artículo 8 del *Acuerdo MSF*

105. Australia solicita al Órgano de Apelación que desestime la otra apelación de Nueva Zelandia y confirme la constatación del Grupo Especial de que las alegaciones formuladas por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF* no estaban comprendidas en el mandato del Grupo Especial. A juicio de Australia, el Grupo Especial exigió acertadamente que Nueva Zelandia identificara en su solicitud de establecimiento de un grupo especial el "procedimiento" supuestamente incompatible con la obligación establecida en el párrafo 1 a) del Anexo C.

106. En respuesta al argumento de Nueva Zelandia según el cual el Grupo Especial partió erróneamente del supuesto de que la medida en litigio había de causar directamente el incumplimiento

[111] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 25 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.1463).

[112] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 28 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1499).

[113] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 28.

de obligaciones, Australia afirma que Nueva Zelandia "trata de establecer artificialmente una distinción entre el objeto de una supuesta infracción y una medida en litigio, cuando uno y otra son la misma cosa".[114] Aduce también que el Grupo Especial no empañó la distinción entre las medidas en litigio y la alegación, puesto que no interpretó la expresión "medidas en litigio" del párrafo 2 del artículo 6 del ESD a la luz de la obligación específica, sino que se limitó a constatar que el objeto de la alegación de Nueva Zelandia no figuraba en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. El Grupo Especial tampoco constató, como afirma Nueva Zelandia, que la *única* medida que podía ser impugnada en las circunstancias de la presente diferencia era el proceso relativo al IRA ya expirado. En realidad, según afirma Australia, la conclusión del Grupo Especial se refería simplemente a la manera en que Nueva Zelandia había enunciado sus alegaciones en la presente diferencia.

107. Australia pone de relieve que Nueva Zelandia ha formulado y reformulado sus alegaciones al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 de diversas formas en el curso de este procedimiento. Destaca que, en todas sus formulaciones, el objeto de la alegación de Nueva Zelandia ha sido el proceso relativo al IRA, o la elaboración de las 17 medidas especificadas, y que Nueva Zelandia nunca alegó que esas 17 medidas en sí mismas infringieran el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8. Así lo entendió con acierto el Grupo Especial, que también acertadamente reconoció que la *elaboración* de las 17 medidas era conceptualmente distinta de las propias medidas. Las medidas en litigio eran únicamente, como se estableció en la resolución preliminar del Grupo Especial, las 17 medidas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, y el Grupo Especial constató acertadamente que la mera identificación de las 17 medidas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial no abarcaba ni la elaboración de esas 17 medidas, ni "el proceso relativo al IRA". Aunque Nueva Zelandia cita el informe del Órgano de Apelación en *CE - Determinadas cuestiones aduaneras* en apoyo de su tesis de que el reclamante puede impugnar cualquier medida, esa resolución no se refiere al requisito más fundamental, que Nueva Zelandia ha pasado por alto sistemáticamente, a saber, que la alegación de incompatibilidad de la *medida pertinente* ha de formularse en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Australia pone de relieve que no basta que la medida pertinente se identifique en comunicaciones posteriores, porque no puede permitirse al reclamante que "subsane" los defectos de su solicitud de establecimiento de un grupo especial mediante la identificación de la medida que se proponía impugnar en sus comunicaciones posteriores.[115]

[114] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 10.

[115] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 14 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127).

108. Australia sostiene que, en cualquier caso, la alegación de Nueva Zelandia está basada en una interpretación errónea del párrafo 1 a) del Anexo C. Aunque Nueva Zelandia parece considerar que el párrafo 1 a) del Anexo C es una disposición en la que se establece la obligación de elaborar sin demoras indebidas las MSF, el procedimiento "para verificar y asegurar el cumplimiento" de las MSF al que se hace referencia en la parte introductoria del párrafo 1 del Anexo C, en el sentido corriente de la expresión, no puede considerarse equivalente a un procedimiento destinado a "elaborar" MSF.[116] Las medidas en litigio se adoptaron después y como consecuencia del proceso relativo al IRA y, por lo tanto, dicho proceso no puede ser considerado un proceso encaminado a verificar o asegurar el cumplimiento de las 17 medidas en el sentido de la parte introductoria del párrafo 1 del Anexo C. Además, Nueva Zelandia afirmó ante el Grupo Especial que la MSF a que se refiere la parte introductoria del párrafo 1 del Anexo C es el régimen australiano para la aprobación de la importación de frutas o verduras frescas.[117] A juicio de Australia, esa afirmación hace aún más patente que las 17 medidas comprendidas en el mandato del Grupo Especial no correspondían ni al "procedimiento" ni a las "medidas [sanitarias y fitosanitarias]" a que se hace referencia en la parte introductoria del párrafo 1 del Anexo C.[118]

109. Por último, Australia sostiene que el Órgano de Apelación no debería completar el análisis jurídico de las alegaciones formuladas por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8, porque cuando menos dos de los "elementos de hecho fundamentales" en los que se apoya Nueva Zelandia, en concreto, la ausencia de justificación de las demoras y las declaraciones formuladas en el marco del examen nacional del sistema de cuarentena de Australia, han sido puestos en tela de juicio por Australia en el curso de las actuaciones del Grupo Especial.[119]

E. *Argumentos de los terceros participantes*

1. Unión Europea

110. La Unión Europa no comparte el concepto de MSF de Australia y mantiene, por el contrario, que, en el grado en que se realice un acto o se produzca una omisión imputable a un Miembro de la OMC para tratar de lograr uno de los fines enunciados en los apartados a) a d) del párrafo 1 del Anexo A, los órganos jurisdiccionales de la OMC pueden considerar que el acto u omisión de que se trate es una "medida" en el sentido del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, y examinar por consiguiente su conformidad con las disposiciones de dicho Acuerdo. El Órgano de Apelación ha

[116] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 18.
[117] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 19 (donde se cita la respuesta de Nueva Zelandia a la pregunta 146 del Grupo Especial después de su primera reunión, párrafo 301).
[118] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 19.
[119] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 20.

adoptado un concepto amplio del término "medida" en el sentido del ESD, y no hay motivo para interpretar ese término de forma diferente en la parte introductoria del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.[120] Ni en el párrafo 1 del Anexo A, ni en ninguna otra disposición del *Acuerdo MSF* se distingue entre medidas "principales" y medidas "accesorias". Los Miembros adoptan frecuentemente diversas medidas que sólo pueden alcanzar su objetivo si se aplican conjuntamente. Por lo tanto, no siempre es posible evaluar una determinada medida en un "aislamiento clínico"[121], sino que puede ser necesario que el órgano jurisdiccional examine la interacción entre varias medidas diferentes. Ello no supone, sin embargo, que no pueda identificarse como una "medida" distinta a los efectos de la solución de diferencias ante la OMC cada acto u omisión del Estado que reúna las condiciones pertinentes. La Unión Europea añade que la identificación de la "medida en litigio" corresponde, en primera instancia, al Miembro reclamante. Éste goza de una cierta discrecionalidad, aunque no ilimitada, a este respecto y ha de aceptar también las consecuencias derivadas de su identificación de la medida en litigio. En todo caso -señala la Unión Europea- el hecho de que se entienda que hay una sola o varias medidas diferentes carecerá a veces de importancia, como parece ocurrir en la presente diferencia.

111. Con respecto a las alegaciones de error formuladas por Australia al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, la Unión Europea sostiene que el Órgano de Apelación ha identificado y explicado acertadamente en anteriores diferencias, en particular en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, la función asignada a los grupos especiales en el examen de una evaluación del riesgo realizada por un Miembro de la OMC. No corresponde al grupo especial determinar si una evaluación del riesgo es correcta o no. Además, como declaró el Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, la evaluación del riesgo no puede aislarse totalmente del nivel adecuado de protección, y su alcance o método puede resultar afectado por el nivel adecuado de protección elegido por un Miembro.[122] El hecho de que pueda haber pequeños vicios, errores de concepto o elementos subjetivos en una evaluación del riesgo no basta, por sí solo, para invalidarla de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. La Unión Europea señala, por lo tanto, que la carga de la prueba que pesa sobre la parte reclamante es rigurosa.

---

[120] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafos 3-6 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafos 81-89).

[121] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 9.

[122] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 20 (donde se citan los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 534).

112. La Unión Europea estima, en relación con la alegación de Australia al amparo del artículo 11 del ESD, que, al formular sus opiniones, los expertos deben limitarse a evaluar los testimonios científicos presentados por las partes. Ni el grupo especial ni los expertos pueden hacer un examen *de novo* de las pruebas, realizar sus propias evaluaciones del riesgo u opinar o hacer un análisis de los aspectos científicos o formular sobre ellos opiniones completamente ajenos al nivel adecuado de protección. La Unión Europea, sin pronunciarse acerca de si Australia ha satisfecho la rigurosa carga de probar que el Grupo Especial actuó en esta diferencia de manera incompatible con el artículo 11 del ESD, señala que, en numerosos pasajes de su informe, el Grupo Especial parece haber actuado de forma un tanto selectiva al exponer las opiniones de los expertos, y haber pasado por alto o desestimado sin ninguna explicación, o sin mayores explicaciones, testimonios que no apoyaban sus constataciones.

113. En relación con la alegación formulada por Australia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, la Unión Europea coincide con Australia en que, en principio, una constatación de infracción del párrafo 6 del artículo 5 no puede ser una mera consecuencia de una constatación de infracción del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Los párrafos 1 y 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* recogen obligaciones distintas e independientes. Puede haber medidas que, a pesar de estar debidamente basadas en una evaluación del riesgo conforme a lo exigido en el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2, infrinjan el párrafo 6 del artículo 5. Y, a la inversa, el hecho de que una evaluación del riesgo no esté en conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 no excluye la compatibilidad de las MSF adoptadas con el párrafo 6 del artículo 5. La Unión Europea no se pronuncia acerca de si las constataciones del Grupo Especial se formularon como mera consecuencia de su constatación de infracción del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2, pero sostiene que, en caso de que el Órgano de Apelación concluyera que fue así, las alegaciones de error formuladas por Australia estarían bien fundadas.

114. En relación con la otra apelación de Nueva Zelandia, la Unión Europea sostiene que en determinadas circunstancias, el proceso conducente a la adopción de una evaluación del riesgo en la que se basan una o varias MSF puede constituir, en sí mismo e independientemente de esas medidas, una MSF. La Unión Europa "se pregunta"[123] si, en la presente diferencia, la alegación de demoras indebidas formulada por Nueva Zelandia no se refiere más bien a la adopción de las medidas en litigio que a un supuesto "proceso relativo al IRA". Si es así, parece un tanto forzado hablar del "proceso relativo al IRA" como de una medida separada y distinta. La Unión Europea señala además que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia se afirma que las 17 medidas son, *tanto individualmente como en conjunto*, incompatibles con las obligaciones

[123] Comunicación presentada por la Unión Europea en calidad de tercero participante, párrafo 37.

pertinentes. Impugnar las supuestas demoras indebidas del "proceso relativo al IRA" parece, por lo tanto, ser equivalente a impugnar las demoras indebidas con respecto a esas 17 medidas en conjunto. La Unión Europea añade que el hecho de que las 17 medidas se hayan impuesto y estén reguladas por el IRA significa que las supuestas demoras al iniciar y ultimar la aprobación de éste afectaron inevitable y automáticamente a las 17 medidas debidamente identificadas por Nueva Zelandia en su solicitud de establecimiento de un grupo especial.

2. Japón

115. Con respecto a la cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las 16 medidas impugnadas por Nueva Zelandia constituyen individualmente MSF, el Japón discrepa del argumento formulado por Australia según el cual no pueda considerarse, sin más, que "una prescripción administrativa o procesal necesaria, o incluso 'indispensable', pero no suficiente, para lograr el nivel adecuado de protección, constituye en sí misma una MSF".[124] Destaca que en el párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF* se alude a "*toda* medida" y a "*todas* las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes"[125], lo que indica que ese párrafo abarca una amplia gama de medidas. El Japón señala además que en el párrafo 1 del Anexo A se hace referencia a "disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes", y aduce que tales medidas aunque pueden ser medidas "accesorias", están incluidas expresamente en la definición de MSF. Advierte que aceptar el razonamiento de Australia supondría menoscabar sustancialmente las disciplinas del *Acuerdo MSF* y que no debe permitirse a los Miembros que eludan sus obligaciones imponiendo MSF de carácter meramente "accesorio" o "administrativo" que tengan efectos de restricción del comercio.

116. El Japón coincide con Australia en que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la Administración de Bioseguridad de Australia, la entidad australiana que publicó el IRA, actuó de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 al no hacer del recurso al juicio de expertos un proceso documentado y transparente. El Japón aduce que en el *Acuerdo MSF* no se prescribe que las evaluaciones del riesgo deban documentarse y ser transparentes. Propone, por lo tanto, que el Órgano de Apelación "aclare" que el "criterio" de documentación y transparencia del Grupo Especial carece de base en el texto y en el contexto del párrafo 1 del artículo 5, por lo que no es pertinente a efectos de determinar la compatibilidad con dicha disposición.[126]

[124] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 18 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 64).

[125] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 19. (las cursivas figuran en el original)

[126] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 25.

117. En lo que concierne a la alegación de Australia de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas de Australia eran incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 por ser incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5, el Japón no se pronuncia acerca de si el Grupo Especial formuló en realidad esa constatación consiguiente. Sin embargo, si el Órgano de Apelación constatara que la constatación de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5 formulada por el Grupo Especial se apoya en una "determinación consiguiente" de esa naturaleza, el Japón consideraría que el Grupo Especial incurrió en error al formularla.[127] El Japón recalca que el párrafo 6 del artículo 5 establece una obligación distinta de las establecidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 5, y que en su texto no se hace referencia a una evaluación del riesgo. Una MSF puede estar basada en una evaluación del riesgo adecuada de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 5, pero, si esa medida entraña un grado de restricción del comercio mayor del necesario, ello constituiría una infracción independiente del párrafo 6 del artículo 5. Del mismo modo, a juicio del Japón, una MSF puede no estar basada en una evaluación del riesgo adecuada, e infringir, por lo tanto, el párrafo 1 y/o el párrafo 2 del artículo 5, pero no por ello dejaría de ser compatible con el párrafo 6 del artículo 5 si se determinara que es, entre las medidas que permiten lograr el nivel adecuado de protección del Miembro, la que entraña el grado menor de restricción del comercio.

118. El Japón disiente del enfoque adoptado por el Grupo Especial en su análisis en el marco del párrafo 6 del artículo 5. En lugar de evaluar, en primer lugar, si Nueva Zelandia había demostrado que el cálculo efectuado por Australia del riesgo derivado de la importación de manzanas neozelandesas era exagerado, el Grupo Especial podría haber analizado de forma específica y directa la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia. Además, la constatación por el Grupo Especial de que "no hay razones para estimar que la medida alternativa sugerida por Nueva Zelandia no lograría el nivel adecuado de protección de Australia" entraña un "salto lógico" que no puede considerarse equivalente a una demostración positiva por parte de Nueva Zelandia de que con su medida alternativa menos restrictiva del comercio se "logra" de hecho el nivel adecuado de protección de Australia.[128] Por lo tanto el Japón considera que, en la medida en que se apoyó en una "duda" en cuanto a si el riesgo excede del nivel adecuado de protección de Australia, y no en una determinación positiva de que las medidas alternativas satisfarían ese nivel de protección, el Grupo Especial incurrió en error en su análisis en el marco del párrafo 6 del artículo 5.

119. El Japón no está de acuerdo en que las alegaciones formuladas por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 no estén comprendidas en el mandato del Grupo Especial.

---

[127] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 8.

[128] Comunicación presentada por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 17 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1153).

Por el contrario, Nueva Zelandia identificó todas las medidas en litigio en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y, al referirse al párrafo 1 a) del Anexo C, expuso claramente su preocupación. En consecuencia, la cuestión de si las 17 medidas en litigio son incompatibles con el párrafo 1 a) del Anexo C y con el artículo 8 estaba debidamente comprendida en el mandato del Grupo Especial, y éste simplemente tenía que interpretar el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 para determinar si Nueva Zelandia había establecido una presunción *prima facie* de incompatibilidad. El Japón subraya que la cuestión de si un reclamante ha establecido una presunción *prima facie* no debe confundirse con la cuestión de si se han infringido las disposiciones procesales del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, y, advierte que, aunque las preocupaciones relativas a las debidas garantías de procedimiento son importantes, es aún más importante alentar a los Miembros a que resuelvan positivamente sus diferencias, en lugar de entablar debates sobre el procedimiento.[129]

3. Estados Unidos

120. Los Estados Unidos no comparten el concepto de MSF de Australia, que consideran "completamente ajeno al texto del párrafo 1 del Anexo A" del *Acuerdo MSF*.[130] El Grupo Especial determinó que el fundamento legislativo de cada una de las 16 medidas, los procedimientos con arreglo a los cuales dichas medidas fueron adoptadas, y el proceso relativo al IRA tenían "objetivos generales" que correspondían en todos los casos a los establecidos en el párrafo 1 a) del Anexo A.[131] El Grupo Especial consideró también las 16 medidas individualmente y constató que cada una de ellas tenía un "estrecho vínculo" con el objetivo de controlar riesgos incluidos entre los descritos en el párrafo 1 del Anexo A.[132] El Grupo Especial analizó también la forma y la naturaleza de las medidas en litigio y constató que concordaban con la definición del párrafo 1 del Anexo A. Los Estados Unidos observan que, en cualquier caso, esta cuestión "parece tener una importancia mínima a efectos de la presente diferencia".[133]

121. Los Estados Unidos sostienen que el Órgano de Apelación no debería adoptar el enfoque sugerido por Australia para la evaluación de la conformidad de una medida con el párrafo 1 del artículo 5. De adoptarse, ese enfoque sería incompatible con constataciones formuladas en anteriores diferencias, debilitaría la prescripción del párrafo 1 del artículo 5 conforme a la cual las MSF deben estar basadas en una evaluación del riesgo, y mermaría gravemente la capacidad de los grupos

[129] El Japón se ocupó de la otra apelación de Nueva Zelandia en sus observaciones iniciales formuladas en la audiencia de esta apelación.

[130] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 3.

[131] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 5 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.123-7.141).

[132] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 5 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 7.140 y 7.141).

[133] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 6.

especiales de examinar la suficiencia de una evaluación del riesgo. La afirmación de Australia de que no es competencia del grupo especial examinar la calidad del razonamiento que figura en el IRA, sino sólo la de las conclusiones concretas que de él se extraen, es incompatible con el enfoque adoptado por el Órgano de Apelación en anteriores diferencias y no debe aceptarse. Remitiéndose a los informes del Órgano de Apelación en *Japón - Manzanas* y *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación ha explicado que los grupos especiales deben "evaluar si el *razonamiento* desarrollado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente".[134] Los Estados Unidos también discrepan del argumento de Australia según el cual el Grupo Especial no podía examinar más que las conclusiones finales del IRA. Si un grupo especial no llevara a cabo un examen completo de la evaluación del riesgo impugnada, con inclusión de todas las etapas intermedias que conducen a la conclusión última de la evaluación, ese grupo especial "desestimar[ía] deliberadamente" de las pruebas, lo que sería "incompatible con el deber que tiene un grupo especial de hacer una evaluación objetiva de los hechos".[135] Como ponen de manifiesto los hechos de la presente diferencia, cuando la probabilidad global es el resultado de una secuencia de acontecimientos, ha de evaluarse cada etapa para hacer una "evaluación objetiva", y resultaría muy difícil, si no imposible, que un grupo especial evaluara adecuadamente la conclusión última sin examinar en absoluto la fundamentación científica de las etapas intermedias.

122. Los Estados Unidos no están de acuerdo con Australia en que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al hacer caso omiso de testimonios de expertos que eran favorables a la posición de Australia. Sostienen que la alegación formulada por Australia al amparo del artículo 11 se basa en la tesis de que un grupo especial no hace una evaluación objetiva cuando su informe no incluye un análisis de cada uno de los elementos de prueba que puedan no respaldar las constataciones últimas del grupo especial, o cuando en él no se describe en cada caso por qué el grupo especial ha otorgado más peso a algunos elementos de prueba. En la apelación del asunto *Brasil - Neumáticos recauchutados*, la Unión Europea adujo que el Grupo Especial había prescindido de estudios pertinentes aportados por la Unión Europea, y alegó que esa forma de proceder era incompatible con el artículo 11. Los Estados Unidos sostienen que, a pesar de ello, el Órgano de Apelación no exigió que el Grupo Especial reprodujera o citara directamente esos estudios

[134] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafos 14 y 15 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafos 201, 203 y 205; y a los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591). (las cursivas figuran en el original)

[135] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 18 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133).

y consideró que era suficiente la cita en una nota de pie página de párrafos de la declaración oral de la Unión Europea y de respuestas a preguntas que se referían a esos estudios.[136]

123. Los Estados Unidos tampoco están de acuerdo con la alegación de Australia de que el Grupo Especial aplicó incorrectamente la regla de la carga de la prueba en el análisis que realizó en el marco del párrafo 6 del artículo 5. Sostienen que Australia no tiene en cuenta en su argumento el segundo paso del análisis del Grupo Especial, en el que éste examinó detenidamente las pruebas que se le habían presentado para evaluar "de forma más directa" si Nueva Zelandia había establecido la presunción de que las medidas alternativas que proponía satisfacían el nivel adecuado de protección de Australia. Los Estados Unidos no están de acuerdo con Australia en que el Grupo Especial aplicara de manera incorrecta el párrafo 6 del artículo 5 y constató que Nueva Zelandia había satisfecho la carga de la prueba mediante la mera identificación de una medida alternativa que "podía" o "podría" lograr el nivel adecuado de protección de Australia. Correspondía a Nueva Zelandia la carga de presentar pruebas suficientes para acreditar una presunción de incompatibilidad, y no la de aportar pruebas que demostraran sin sombra de duda que su argumento era el correcto, como parece sostener Australia. Los Estados Unidos añaden que el informe del Grupo Especial pone de manifiesto que Nueva Zelandia aportó pruebas suficientes para satisfacer esa carga. En consecuencia, a juicio de los Estados Unidos, el Grupo Especial constató acertadamente que la medida alternativa satisface el nivel adecuado de protección de Australia, al igual que en la diferencia *Japón - Manzanas* el Grupo Especial sobre el cumplimiento constató que la limitación de las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas satisfacía el nivel adecuado de protección, seguramente más estricto, del Japón.

III. Cuestiones planteadas en la presente apelación

124. En la presente apelación se plantean las siguientes cuestiones:

a) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las 16 medidas en litigio, tanto en su conjunto como individualmente, son MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*;

b) si, al constatar que las medidas relativas a la niebla del peral y del manzano y a la mosquilla de las hojas del manzano ("ALCM"), así como las "medidas generales" vinculadas a esas plagas, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y,

[136] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de tercero participante, párrafo 26 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 190).

como consecuencia de ello, con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial interpretó y aplicó incorrectamente esas disposiciones, y más concretamente:

i) si, al analizar la evaluación del riesgo realizada por Australia y la compatibilidad de las MSF de Australia con esas disposiciones, el Grupo Especial aplicó una norma de examen inadecuada;

ii) si, al examinar la evaluación del riesgo realizada por Australia y el recurso por Australia al juicio de expertos en varias etapas intermedias, el Grupo Especial adoptó un criterio demasiado riguroso con respecto a la transparencia y la documentación y, en consecuencia, incurrió en error al evaluar la objetividad y coherencia del razonamiento del evaluador del riesgo; y

iii) si el Grupo Especial incurrió en error al no evaluar la importancia de los vicios que constató en la evaluación del riesgo de Australia y no determinar si las supuestas deficiencias eran lo suficientemente graves para poner en cuestión la evaluación del riesgo en su conjunto;

c) si el Grupo Especial no realizó una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, en el sentido del artículo 11 del ESD, y en particular:

i) si el Grupo Especial no consideró debidamente o hizo caso omiso de los testimonios de los expertos designados por él que eran favorables a Australia; y

ii) si el Grupo Especial interpretó erróneamente la metodología empleada en la evaluación del riesgo realizada por Australia;

d) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las medidas relativas a la niebla del peral y del manzano y la ALCM son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y más concretamente:

i) si el Grupo Especial se basó de forma inapropiada en sus constataciones en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* al concluir que las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia lograrían el nivel adecuado de protección de Australia;

ii) si el Grupo Especial no exigió a Nueva Zelandia que demostrara positivamente la incompatibilidad de las medidas en litigio con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, por cuanto se determinó únicamente que las medidas alternativas "podrían" o "podían" lograr el nivel adecuado de protección de Australia; y

iii) si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar la expresión "nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria" definida en el párrafo 5 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, al centrarse únicamente en la probabilidad de entrada, radicación y propagación de las plagas en cuestión, sin tener en cuenta también las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y

e) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las alegaciones formuladas por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF* no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial, y, de ser así, si el Órgano de Apelación puede completar el análisis jurídico y constatar que las medidas de Australia en litigio son incompatibles con la obligación de actuar "sin demoras indebidas" establecida en el párrafo 1 a) del Anexo C en conexión con el artículo 8 del *Acuerdo MSF*.

IV. Las medidas en litigio y la evaluación del riesgo en la que se basan

A. *Las medidas en litigio*

125. Nueva Zelandia identificó inicialmente las 17 medidas siguientes, concernientes a la importación de manzanas de Nueva Zelandia en Australia, como las medidas en litigio en la presente diferencia[137]:

<u>Las medidas 1 a 8, se refieren a la niebla del peral y del manzano</u>

Medida 1: La prescripción de que las manzanas procedan de zonas sin los síntomas de la niebla del peral y del manzano.

Medida 2: La prescripción de que se inspeccionen los huertos/parcelas para comprobar si presentan los síntomas de la niebla del peral y del manzano, que se inspeccionen con una intensidad que permita detectar, con un nivel de confianza del 95 por ciento, síntomas visibles que se manifiesten en el 1 por

[137] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.91; solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia, WT/DS367/5.

ciento de los árboles, y que esas inspecciones tengan lugar entre cuatro y siete semanas después de la floración.

Medida 3: La prescripción de que se elabore y apruebe una metodología para la inspección de los huertos/parcelas que aborde cuestiones tales como la visibilidad de los síntomas en las copas de los árboles, el tiempo de inspección necesario y el número de árboles que debe inspeccionarse para alcanzar el nivel de eficacia, y la formación y certificación de inspectores.

Medida 4: La prescripción de que se condene un huerto/parcela durante la temporada si hay pruebas de que la poda u otras actividades llevadas a cabo antes de la inspección podrían constituir un intento de eliminar u ocultar síntomas de la niebla del peral y del manzano.

Medida 5: La prescripción de que se condene un huerto/parcela durante la temporada si se detectan síntomas visibles de niebla del peral y del manzano.

Medida 6: La prescripción de que las manzanas sean sometidas a un tratamiento de desinfección en los almacenes de embalaje.

Medida 7: La prescripción de que todos los equipos de calibrado y embalaje que entren en contacto directo con las manzanas se limpien y desinfecten (utilizando un desinfectante autorizado) inmediatamente antes de cada proceso de embalaje para Australia.

Medida 8: La prescripción de que los almacenes de embalaje registrados a los efectos de la exportación de manzanas manipulen únicamente fruta procedente de huertos registrados.

<u>Las medidas 9 a 13, se refieren al chancro del manzano y del peral</u>

Medida 9: La prescripción de que las manzanas procedan de huertos/parcelas de exportación libres de chancro del manzano y del peral (lugares de producción libres de plagas).

Medida 10: La prescripción de que se inspeccionen todos los árboles de los huertos/parcelas de exportación para comprobar si presentan los síntomas del chancro del manzano y del peral, inclusive que se inspeccionen los huertos/parcelas de zonas menos proclives a la enfermedad para comprobar si presentan los síntomas recorriendo todas las líneas y examinando visualmente todos los árboles situados a ambos lados de éstas, y que se inspeccionen las zonas más proclives a la enfermedad recurriendo al mismo procedimiento, combinado con la inspección de las ramas superiores de cada árbol con la ayuda de escaleras (en caso necesario), y esas inspecciones tengan lugar tras la caída de la hoja y antes de la poda invernal.

Medida 11: La prescripción de que todo material de plantación nuevo sea examinado minuciosamente y tratado contra el chancro del manzano y del peral.

Medida 12[138]**:** La prescripción de que se condene un huerto/parcela durante la temporada si hay pruebas de que la poda u otras actividades llevadas a cabo antes de la inspección podrían constituir un intento de eliminar u ocultar síntomas del chancro del manzano y del peral.

Medida 13: La prescripción de que se suspendan las exportaciones procedentes de un huerto/parcela durante la temporada siguiente si se detecta la presencia de chancro del manzano y del peral y de que para reanudarlas sea necesaria la erradicación de la enfermedad, confirmada por una inspección.

La medida 14, se refiere a la ALCM

Medida 14: Las prescripciones de que se lleven a cabo inspecciones para detectar la posible presencia de ALCM y se apliquen tratamientos para combatirla, incluidas las siguientes:

- la opción de que se inspeccione cada lote tomando como base una muestra de 3.000 unidades seleccionada al azar del conjunto del lote para detectar la posible presencia de la ALCM, síntomas de enfermedades susceptibles de cuarentena, plagas susceptibles de cuarentena, artrópodos, desechos y semillas de malas hierbas. La detección de artrópodos vivos susceptibles de cuarentena tendría como resultado la aplicación de un tratamiento apropiado o el rechazo de la exportación; o

- la opción de que se inspeccione cada lote tomando como base una muestra de 600 unidades seleccionada al azar del conjunto del lote para detectar posibles síntomas de enfermedades susceptibles de cuarentena, desechos y semillas de malas hierbas. Además, se aplicaría a todos los lotes un tratamiento adecuado obligatorio.

Las medidas 15 a 17, fueron descritas por Nueva Zelandia como medidas "generales"

Medida 15: La prescripción de que funcionarios del Servicio de inspección y cuarentena de Australia intervengan en las inspecciones de los huertos para detectar la posible presencia del chancro del manzano y del peral y de la niebla del peral y del manzano, en la verificación directa de los procedimientos de los almacenes de embalaje y en la inspección y tratamiento de la fruta.

Medida 16: La prescripción de que Nueva Zelandia se asegure de que todos los huertos registrados a los efectos de la exportación a Australia operen con arreglo a prácticas comerciales uniformes.

Medida 17: La prescripción de que los almacenes de embalaje proporcionen detalles sobre el trazado de sus instalaciones.

[138] Como se explica en el próximo párrafo, esta medida no está ya en litigio.

126. A raíz de un acuerdo de las partes sobre la medida 12, Nueva Zelandia desistió de llevar adelante sus alegaciones con respecto a ella, y el Grupo Especial no se pronunció sobre esas alegaciones.[139]

127. En apelación, Australia impugna las constataciones del Grupo Especial sobre las medidas relativas a la niebla del peral y del manzano (medidas 1 a 8) y la ALCM (medida 14) y sobre las medidas generales (medidas 15 a 17) en la medida que éstas se aplican a esas dos plagas. Australia no apela contra las constataciones del Grupo Especial sobre las medidas relativas al chancro del manzano y del peral, ni sobre las medidas generales (medidas 15 a 17) en la medida que éstas se aplican al chancro del manzano y del peral.[140] La otra apelación de Nueva Zelandia concerniente a sus alegaciones en relación con la disposición que exige actuar "sin demoras indebidas" afecta a las 16 medidas.[141]

128. Como se explica *infra* más detenidamente, las 16 medidas en litigio son condiciones para la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia impuestas por Australia después de la realización de un análisis del riesgo de la importación.

B. *Antecedentes de la adopción de las medidas en litigio*

129. Australia prohibió la importación de manzanas de Nueva Zelandia en 1921, tras la entrada y radicación de la niebla del peral y del manzano[142] en Auckland en 1919.[143] Nueva Zelandia solicitó sin tener éxito acceso al mercado australiano de manzanas en 1986, 1989 y 1995.[144] En enero de 1999 presentó una cuarta solicitud de acceso, que dio lugar a la iniciación, en febrero de 1999, de un análisis del riesgo de la importación por el Servicio de inspección y cuarentena de Australia ("AQIS").[145] Tras la presentación de sendos proyectos de análisis del riesgo en 2000, 2004 y 2005 (y después de otros acontecimientos, como la iniciación de dos investigaciones en el Senado y la reestructuración de los organismos gubernamentales competentes[146]), en noviembre de 2006 la

[139] Informe del Grupo Especial, párrafos 1.20 y 2.96.

[140] Notificación de la apelación de Australia, WT/DS367/13 y Corr.1 (adjuntos como anexos I a) y b) al presente informe).

[141] Notificación de otra apelación de Nueva Zelandia, WT/DS367/14 (adjunto como anexo II al presente informe).

[142] En el párrafo 134 *infra* del presente informe se explica brevemente la niebla del peral y del manzano.

[143] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.30.

[144] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.30.

[145] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.31. La Administración de Bioseguridad de Australia era a la sazón parte del AQIS. (Véase *supra*, nota 4 del presente informe)

[146] En 2004, la Administración de Bioseguridad de Australia se transformó en un organismo independiente que forma parte del Departamento de Agricultura, Pesca y Silvicultura del Commonwealth. Se encomendó a la Administración de Bioseguridad de Australia la función de examinar y volver a presentar los proyectos de evaluación del riesgo en curso en ese momento, incluido el referente a las manzanas de Nueva

Administración de Bioseguridad de Australia presentó su *informe definitivo sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia* ("IRA").[147] Las 16 medidas en litigio en la presente diferencia figuran entre las medidas de gestión del riesgo recomendadas en el IRA.[148]

130. Con arreglo al régimen reglamentario de Australia vigente, la importación de fruta fresca en Australia está prohibida a menos que el Director del Servicio de cuarentena animal y vegetal[149] haya concedido un permiso de importación.[150] El Director está facultado para conceder un permiso de importación con base, entre otras cosas, en la información y las recomendaciones de política contenidas en un análisis del riesgo de la importación.[151] En marzo de 2007, el Director del Servicio de cuarentena animal y vegetal de Australia determinó que podía permitirse la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia con sujeción, entre otras cosas, a la aplicación de las medidas fitosanitarias especificadas en el IRA.[152] Nueva Zelandia y Australia no han logrado acordar el procedimiento operativo normalizado que debe acordarse antes de que se inicien las exportaciones de manzanas.[153]

C. *Aspectos pertinentes del IRA y de la metodología utilizada*

131. La evaluación del riesgo que llevó a cabo la Administración de Bioseguridad de Australia comprendía varias etapas, entre ellas la evaluación del riesgo de plagas y la gestión del riesgo de plagas.[154] El objeto de la evaluación del riesgo del IRA era la importación de manzanas maduras

---

Zelandia. (Véanse el informe del Grupo Especial, párrafos 2.32 y 7.157, y la Administración de Bioseguridad de Australia, *Final Import Risk Analysis Report for Apples from New Zealand* (*informe definitivo sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia*) (Canberra, noviembre de 2006) ("IRA"), Parte B (Prueba documental 2 presentada por Australia al Grupo Especial), página 8)

[147] Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 2.32; y el IRA, Parte B, página 8.

[148] Véase la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia, WT/DS367/5.

[149] El Director del Servicio de cuarentena animal y vegetal es el Secretario del Departamento de Agricultura, Pesca y Silvicultura. (Primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 61)

[150] El régimen de bioseguridad de Australia se establece fundamentalmente en la *Ley de Cuarentena de 1908* y la legislación de aplicación, incluida la *Proclamación de Cuarentena de 1998*. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.124 y 7.125; comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 20 y 21)

[151] Véase el IRA, Parte B, página 2. Véase también la primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 61.

[152] Memorándum 2007/07 sobre política de la Administración de Bioseguridad de Australia, *Biosecurity Policy Determination - Importation of Apples from Nueva Zelandia*, 27 de marzo de 2007 (Prueba documental 2 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial) que se cita, en la parte pertinente, en el informe del Grupo Especial, párrafo 7.165.

[153] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.33.

[154] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.34 (donde se cita el IRA, Parte B, página 11).

libres de desechos, embaladas o seleccionadas y calibradas a granel, procedentes de Nueva Zelandia. Ese fue el "punto de partida" del análisis del IRA.[155]

1. Evaluación del riesgo de plagas

132. El procedimiento de evaluación del riesgo descrito en el IRA comprendió cuatro etapas relacionadas entre sí: a) categorización de las plagas; b) evaluación de la probabilidad de entrada, la probabilidad de radicación y la probabilidad de propagación de la plaga; c) evaluación de las consecuencias asociadas a la plaga; y d) combinación de la evaluación de las probabilidades de entrada, radicación y propagación con la evaluación de las consecuencias para estimar el riesgo.[156]

a) Categorización de las plagas y plagas en litigio

133. El IRA examinó en primer lugar si cada plaga de una serie de plagas identificadas debía considerarse una plaga cuarentenaria que requería una evaluación completa del riesgo.[157] La niebla del peral y del manzano y la ALCM estaban incluidas dentro de las plagas que reunían las condiciones para ser consideradas plagas cuarentenarias que debían ser objeto de ulterior examen.[158]

134. La niebla del peral y del manzano es una enfermedad vegetal causada por la bacteria *Erwinia amylovora*. La enfermedad afecta a los manzanos, a los perales y a algunas otras plantas de la familia *Rosaceae*.[159] En los manzanos, la niebla del peral y del manzano infecta las flores, las hojas jóvenes, los pedúnculos y las frutas. Los síntomas y la gravedad de la infección varían, pero el desarrollo de la enfermedad puede alcanzar una gravedad suficiente para ocasionar la muerte de la planta.[160] Algunos árboles infectados desarrollan chancros (zonas hundidas rodeadas de grietas en la corteza) en sus ramas y troncos. En las condiciones cálidas y húmedas de la primavera, los chancros se reactivan y segregan un exudado cargado de bacterias, que es el inóculo de la infección primaria en primavera. Los chancros permanecen inactivos durante la temporada de crecimiento, dejan por lo

[155] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.27 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 9). Véase también el IRA, Parte B, página 105.

[156] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.35 (donde se cita el IRA, Parte B, páginas 13 y 14).

[157] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.37 (donde se cita el IRA, Parte B, página 14).

[158] El chancro del manzano y del peral fue otra de las 10 plagas que el IRA determinó que era preciso tener plenamente en cuenta para toda Australia. Además, el IRA constató que era preciso tener en cuenta otras 6 plagas exclusivamente para Australia Occidental. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.38 y 2.39 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 47 y 48))

[159] Informe del Grupo Especial, párrafos 2.1 y 2.2 (donde se hace referencia al IRA, Parte C (Prueba documental 3 presentada por Australia al Grupo Especial), página 105; y a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.46).

[160] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.1 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 52; y a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.47).

general de producir exudado en el verano, y permanecen inactivos hasta la primavera siguiente.[161] La niebla del peral y del manzano puede propagarse en las plantas hospedantes, infectando las flores, los frutos, los espolones, las ramas y ramitas y las hojas. En condiciones ambientales adecuadas, los vástagos infectados, los chancros de la corteza y los frutos jóvenes y flores infectados pueden exudar el inóculo. La lluvia, los insectos (incluidas las abejas) y el viento, por ejemplo, pueden ser agentes de propagación del inóculo.[162] En ciertas condiciones del huerto, la fruta puede resultar infestada[163] con concentraciones pequeñas de *Erwinia amylovora*, cuando hay poblaciones pequeñas de bacterias en las partes de las flores en desarrollo. En raras ocasiones, una flor infestada puede transformarse en una manzana madura, pero contendrá una pequeña concentración de bacterias en el cáliz (vestigio de la flor). En los huertos con síntomas de niebla del peral y del manzano también puede haber pequeñas concentraciones de bacterias en la superficie de una manzana, pero esas poblaciones externas no se multiplican y tienden a disminuir con el tiempo.[164] Existe niebla del peral y del manzano en Nueva Zelandia, pero no en Australia.[165]

135. La ALCM, o *Dasineura mali*, es una pequeña mosca de 1,5 a 2,5 mm, que vive solamente unos pocos días[166] y se reproduce sexualmente.[167] Los únicos hospedantes de la ALCM son los manzanos.[168] De los huevos puestos por las hembras apareadas nacen larvas inmóviles que crecen alimentándose de las hojas de los manzanos que se están abriendo, lo que impide que las hojas se abran normalmente o hace que tengan el borde rizado y puede dar lugar a un menor crecimiento de las

---

[161] La *Erwinia amylovora* puede sobrevivir durante el invierno en las plantas hospedantes infectadas. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.3 y 2.4 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 51 y Parte C, páginas 110 y 111; y a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafos 3.48 y 3.49))

[162] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.5 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 51 y Parte C, página 110; y a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.48).

[163] La infestación se refiere a la presencia epifita (externa) de una plaga en la superficie, en tanto que la infección se refiere a la presencia endofita (interna) de una plaga en el tejido. La infestación epifita puede producirse en el cáliz y el pedúnculo, así como en la superficie, de la fruta madura. (Informe del Grupo Especial, nota 151 al párrafo 2.6; IRA, Parte B, página 52)

[164] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.6.

[165] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.8 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 51; a la primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 77; y a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.55). En 1997 se detectó la presencia de niebla del peral y del manzano en Australia, pero se tomaron medidas para erradicarla y no se han notificado nuevos brotes. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.8 (donde se hace referencia al IRA, Parte C, página 107))

[166] Los datos de Australia indican que las ALCM viven de dos a seis días en condiciones de laboratorio y los de Nueva Zelandia que viven de tres a cuatro días en condiciones de laboratorio y de uno a dos días en condiciones naturales. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.21 (donde se citan el IRA, Parte B, página 157; y la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.71))

[167] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.21 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 157; y a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.71).

[168] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.20 (donde se hace referencia al IRA, Parte C, página 121; y a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.69).

ramas y del árbol.[169] La larva se transforma en crisálida, generalmente después de haberse dejado caer hasta el suelo. No obstante, una pequeña proporción de las larvas puede alojarse y formar la crisálida en el árbol, a menudo en grietas de la corteza y a veces en el cáliz o el pedúnculo de las frutas.[170] Las larvas tejen un capullo sedoso para formar la crisálida, del que emergen las ALCM adultas. El ciclo biológico de la ALCM (apareamiento, puesta de huevos, crecimiento larvario, estado de crisálida y emergencia del adulto) suele repetirse varias veces al año.[171] Se presume que la ALCM es autóctona de Europa y está presente en regiones de producción de manzanas con clima entre fresco y templado, incluida Nueva Zelandia. Australia está libre de la ALCM.[172]

b) Evaluación de la probabilidad de entrada, de radicación y de propagación

136. En relación con las plagas cuarentenarias con respecto a las cuales había determinado que era necesaria una evaluación del riesgo, el IRA estableció una metodología para evaluar la probabilidad anual de entrada, la probabilidad de radicación y la probabilidad de propagación de la plaga en Australia. Como se explica *infra*, había algunas diferencias entre la metodología utilizada para los patógenos (por ejemplo, bacterias y virus), incluida la niebla del peral y del manzano, y la utilizada para las plagas de artrópodos, incluida la ALCM. En ambos casos, la evaluación era de naturaleza cuantitativa y se basaba en la hipótesis de la importación de "manzanas de Nueva Zelandia durante 12 meses sin medidas fitosanitarias".[173] El IRA estimaba que el volumen de importaciones de manzanas desde Nueva Zelandia sería de entre 50 millones y 400 millones de manzanas al año, con un volumen más probable de 150 millones.[174] Como ocurre en el caso de esta estimación, la mayoría de las estimaciones para los sucesos respecto de los cuales el IRA hizo estimaciones cuantitativas se expresaron en forma de *intervalos de probabilidad* y no con un valor único. Como se explica más adelante, el IRA utilizó además *distribuciones de probabilidad* para determinar un valor dentro de cada intervalo. Los valores asignados a los diversos pasos y factores se basaron en los testimonios científicos examinados por el IRA, así como en el propio juicio experto del equipo encargado del informe ("juicio experto del IRA").[175]

---

[169] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.21 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.72).

[170] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.22.

[171] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.23.

[172] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.25 (donde se hace referencia a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 3.80).

[173] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.56 (donde se cita el IRA, Parte B, página 40).

[174] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.503 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 17-19; y a la primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafos 98 y 99).

[175] Cuando el equipo encargado del IRA, establecido para evaluar el riesgo vinculado a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia, e integrado finalmente por seis personas, determinó que había

i) *Evaluación aplicada en el caso de los patógenos (incluida la niebla del peral y del manzano)*

137. La evaluación hecha por el IRA de la probabilidad de *entrada* constó de tres partes: i) estimación de la *probabilidad de importación* en Australia de una manzana infestada o infectada con la plaga; ii) estimación de la *proximidad*, es decir de la probabilidad de que los principales manipuladores y consumidores de manzanas ("puntos de aprovechamiento"[176]) estén ubicados lo suficientemente cerca de los hospedantes de la plaga ("grupos de exposición") para que tenga lugar la transferencia de plagas de las manzanas importadas a plantas hospedantes vulnerables[177]; y iii) estimación de la *exposición*, es decir de la probabilidad de transferencia de una plaga desde una manzana infestada o infectada a una planta hospedante vulnerable.[178] En su análisis, el IRA supuso que la exposición del patógeno a un hospedante vulnerable sólo tendría lugar desde manzanas infestadas o infectadas eliminadas como *desechos*, y no por cualquier otra vía.[179]

138. Para calcular la *probabilidad de importación* el IRA utilizó dos instrumentos conceptuales fundamentales: i) ocho pasos de importación; y ii) 10 hipótesis de importación.[180] Cada paso de importación representa un punto del recorrido de las manzanas desde el huerto de Nueva Zelandia hasta su llegada a Australia.[181] El IRA asignó un valor de probabilidad a cada paso de importación,

---

incertidumbre científica, el propio equipo utilizó su juicio experto para llegar a conclusiones. Australia explicó al Grupo Especial que se utilizó el juicio experto del IRA "cuando [había] pocos testimonios o cuando el proceso biológico subyacente [estaba] sujeto a una gran variabilidad natural". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.438 (donde se cita la respuesta de Australia a la pregunta 30 del Grupo Especial después de su segunda reunión, párrafo 162). Véanse también los párrafos 7.433 y 7.746, así como el IRA, Parte B, páginas 42 y 167)

[176] Por puntos de aprovechamiento se entiende "los puntos principales ... en los que se distribuyen o consumen manzanas y en los que se generarán desechos de manzanas". (IRA, Parte B, página 25)

[177] Informe del Grupo Especial, párrafos 2.44 y 7.377 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 29).

[178] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.45 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 27).

[179] IRA, Parte B, página 33.

[180] El IRA se refiere a las hipótesis de importación también como "hipótesis de vías biológicas de propagación" y "vías de importación".

[181] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.41. Los pasos de importación utilizados en el IRA son los siguientes:

- paso de importación 1 (Imp 1): proporción de huertos de Nueva Zelandia en los que está presente la plaga;
- paso de importación 2 (Imp 2): proporción de fruta proveniente de un huerto infectado o infestado de Nueva Zelandia que está infectada o infestada con la plaga;
- paso de importación 3a (Imp 3a): proporción de fruta sana procedente de huertos infectados o infestados de Nueva Zelandia que se contamina con la plaga durante la recolección y el transporte hasta el almacén de embalaje;
- paso de importación 3b (Imp 3b): proporción de fruta sana procedente de huertos no infectados o no infestados de Nueva Zelandia que se contamina con la plaga durante la recolección y el transporte hasta el almacén de embalaje;
- paso de importación 4 (Imp 4): proporción de fruta infectada o infestada que sigue estando infectada o infestada por la plaga después de las operaciones normales de procesado en el almacén de embalaje;

que representaba la proporción de manzanas que sería infestada o infectada con la plaga pertinente en ese punto ("valor correspondiente al paso de importación").[182] Las "hipótesis de importación" representan una serie de formas diferentes de combinar esos pasos de importación.[183] En cada hipótesis de importación, el paso inicial "es la obtención de manzanas de huertos de Nueva Zelandia y el punto final es la llegada a Australia de frutas o materiales de embalaje infectados o infestados".[184] No obstante, dado que las hipótesis incluyen la posibilidad de contaminación de la fruta sana en determinados pasos de importación (2, 3, 5 y 7), así como la posibilidad de eliminación de la plaga en otros (4, 6 y 8) existe sólo 1 hipótesis de importación que constituye una secuencia simple de pasos de importación que representa una manzana infestada o infectada en el huerto de Nueva Zelandia y que permanece infestada o infectada una vez que queda libre de cuarentena en Australia. Las 9 hipótesis de importación restantes representan diferentes combinaciones de esos pasos de importación, o diferentes hipótesis que dan cuenta de la forma en que una manzana puede infestarse o infectarse o dejar de estar infestada o infectada en el curso del proceso de importación.[185] Las probabilidades asociadas a cada una de las 10 hipótesis individuales de importación se suman para obtener la probabilidad global de importación de una manzana infestada o infectada con la plaga de que se trate.[186]

139. En lo que respecta a los otros dos elementos de su análisis de la probabilidad de entrada, el IRA, en primer lugar, en relación con la *proximidad*, estimó la probabilidad de que un punto de aprovechamiento esté ubicado suficientemente cerca de un grupo de exposición para que

---

- paso de importación 5 (Imp 5): proporción de fruta sana que se contamina por la plaga durante el procesado en el almacén de embalaje;
- paso de importación 6 (Imp 6): proporción de fruta infectada o infestada que sigue estando infectada o infestada por la plaga durante la paletización, la inspección de la calidad, la contenedorización y el transporte hasta Australia;
- paso de importación 7 (Imp 7): proporción de fruta sana que se contamina por la plaga durante la paletización, la inspección de la calidad, la contenedorización y el transporte hasta Australia; y
- paso de importación 8 (Imp 8): proporción de fruta infectada o infestada que sigue estando infectada o infestada por la plaga después de los procedimientos mínimos de análisis en frontera a la llegada para la situación sin control.

Las definiciones anteriores se refieren a la *probabilidad* de infección o infestación en cada paso de importación. No obstante, en el presente informe utilizamos el término "paso de importación" para referirnos únicamente a un punto determinado en el viaje de una manzana desde Nueva Zelandia a Australia, y la expresión "valor correspondiente al paso de importación" para referirnos a la probabilidad asociada a cada uno de esos pasos de importación.

[182] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.41 (donde se cita el IRA, Parte B, página 21).

[183] El IRA explica que cada "vía biológica de propagación" o "hipótesis de importación" es una secuencia ordenada "de etapas realizadas en la obtención, procesado y exportación de un producto básico hasta el lugar en el que queda libre de cuarentena en el país importador". (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.42 (donde se cita el IRA, Parte B, página 19))

[184] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.42 (donde se cita el IRA, Parte B, página 19).

[185] Informe del Grupo Especial, párrafos 2.42 y 2.43 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 19.

[186] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.43 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 23).

haya posibilidad de transferencia de la plaga a una planta hospedante vulnerable. A tal fin combinó cinco puntos de aprovechamiento -mayoristas/almacenes de embalaje en zonas de producción, mayoristas/almacenes de embalaje en zonas urbanas, minoristas, servicios de alimentación y consumidores-[187] y cuatro grupos de exposición -cultivos comerciales de frutas vulnerables, plantas de vivero vulnerables, plantas de hogar y de jardín vulnerables, y plantas silvestres y de paisajismo vulnerables[188]- y asignó a las 20 combinaciones resultantes valoraciones de puntos estimadas o rangos de probabilidad.

140. En segundo lugar, en relación con la *exposición*, el IRA explicó que se trata de una variable compleja que depende de varios factores, como la viabilidad de la plaga, su mecanismo de supervivencia, el o los mecanismos de transferencia, la receptividad de los hospedantes y los factores ambientales.[189] El IRA señaló que, para que hubiera una exposición efectiva de las plantas hospedantes a la plaga transmitida por las manzanas infestadas o infectadas sería necesario que se produjera una secuencia de eventos, y analizó las etapas clave de esa secuencia de eventos.[190]

141. La etapa siguiente en la metodología del IRA consistió en estimar las probabilidades de *radicación* y *propagación* de la plaga en Australia con respecto a cada uno de los cuatro grupos de exposición[191], lo que implicaba el examen de una serie de factores biológicos asociados a la probabilidad de que una plaga logre propagarse en un hospedante vulnerable (radicación) y dispersarse desde ahí a otras poblaciones mayores de hospedantes vulnerables (propagación).[192] El IRA examinó diversos factores para estimar la probabilidad de radicación[193] y la probabilidad de

[187] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.44 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 25).

[188] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.45 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 28 y 29).

[189] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.45 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 27).

[190] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.381 (donde se cita el IRA, Parte B, página 27). Véase también el IRA, Parte B, página 85.

[191] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.51; IRA, Parte B, páginas 31-33.

[192] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.47; IRA, Parte B, páginas 17 y 29.

[193] La probabilidad de radicación se obtuvo de una evaluación comparativa de: la disponibilidad de hospedantes adecuados o alternativos y de vectores en el área de ARP; la idoneidad del medio ambiente; las prácticas culturales y medidas de control; y otras características de la plaga que afectan a la probabilidad de radicación. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.48 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 30))

propagación[194], y explicó que, al hacerlo, siguió las directrices internacionales para el análisis de los riesgos.[195]

142. Por último, el IRA hizo una estimación global de la probabilidad anual de entrada, radicación y propagación, combinando los diferentes valores de probabilidad que había asignado a los distintos pasos con el volumen estimado de manzanas en un programa informático denominado @Risk (Palisade Corporation, 2007).[196]

ii) *Evaluación para las plagas de artrópodos (incluida la ALCM)*

143. En el caso de las plagas de artrópodos, se utilizó para evaluar la probabilidad de entrada, radicación y propagación una metodología ligeramente distinta para tomar en consideración el hecho de que las plagas de artrópodos tienen un carácter móvil y que para establecer una población es necesaria una pareja reproductora.[197] En consecuencia, el IRA, en lugar de seguir a las manzanas individuales a lo largo de la cadena de distribución, como en el caso de los patógenos, se centró fundamentalmente en el número de manzanas infestadas que podían encontrarse al mismo tiempo en un lugar determinado. La evaluación de la probabilidad de entrada, radicación y propagación de las

---

[194] La probabilidad de propagación se obtuvo de una evaluación comparativa de: la idoneidad del medio natural y/o modificado para la propagación natural de la plaga; la presencia de obstáculos naturales; las posibilidades de traslado mediante productos básicos o medios de transporte; la utilización prevista del producto básico; los vectores potenciales de la plaga en el área de ARP; y los enemigos naturales potenciales de la plaga en el área de ARP. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.49 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 31))

[195] Las Normas internacionales para medidas fitosanitarias ("NIMF") son adoptadas por la Comisión de Medidas Fitosanitarias, órgano rector de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria ("CIPF"). La CIPF es un tratado internacional cuyo objetivo es la adopción de medidas para combatir la diseminación y la introducción de plagas de las plantas y de los productos vegetales, y la promoción de medidas apropiadas para su control. Dos NIMF, el *Análisis de los riesgos de plagas para plagas cuarentenarias, incluido el análisis de riesgos ambientales y organismos vivos modificados*, 2004 (NIMF Nº 11, FAO, Roma (Prueba documental 6 presentada por Australia al Grupo Especial)) ("NIMF Nº 11"), y el *Marco para el análisis del riesgo de plagas*, 2007 (NIMF Nº 2, FAO, Roma) ("NIMF Nº 2"), establecen el marco general para la realización de una evaluación del riesgo de plagas. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.69 y 2.71)

[196] Según el Grupo Especial:

> Se utilizó un modelo Monte Carlo de simulación estocástico (aleatorio) con @Risk, sobre la base de una muestra aleatoria del conjunto de valores. El programa @Risk seleccionó un número dentro de cada rango de probabilidad, teniendo en cuenta la forma del rango, para representar la probabilidad de un suceso; esto se hizo miles de veces para producir un resultado en la forma de una distribución que representaba la probabilidad anual de entrada, radicación y propagación. Se incluyeron en el informe IRA definitivo los valores del 5 por ciento, la mediana y el 95 por ciento del rango.

(Informe del Grupo Especial, párrafo 2.64 (donde se hace referencia a la primera comunicación de Australia al Grupo Especial, párrafos 90 y 106; y a la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 4.190). Véase también el IRA, Parte B, páginas 35 y 97)

[197] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.50; IRA, Parte B, páginas 33-35.

plagas de artrópodos comprendió cinco etapas: en las dos primeras se estimaron la probabilidad de importación y la probabilidad de distribución de manzanas infestadas a los puntos de aprovechamiento, que eran los mismos que se habían utilizado en el caso de los patógenos. En la tercera, denominada "análisis hipotético", el IRA estimó el número de manzanas infestadas que podían estar en un mismo momento en un determinado lugar.[198] En la cuarta, se combinaron los valores estimados obtenidos en la etapa anterior con la capacidad de radicación y propagación de la plaga, y el IRA estimó la probabilidad parcial de entrada, de radicación y de propagación respecto de cada combinación de un punto de aprovechamiento y un grupo de exposición; como resultado se obtuvieron 20 probabilidades parciales de entrada, radicación y propagación.[199] La quinta etapa, el proceso de combinar esas probabilidades parciales utilizando el programa @Risk, fue similar a la de la metodología aplicada en el caso de los patógenos.

c) Evaluación de las consecuencias

144. El IRA evaluó los posibles efectos biológicos, económicos, sociales y ambientales de una plaga clasificándolos en dos categorías: criterios o consecuencias directos[200] y criterios o consecuencias indirectos.[201] En relación con cada uno de los criterios, el IRA estimó el efecto de una plaga o enfermedad en cuatro niveles -local, comarcal, regional y nacional- y describió ese efecto en términos cualitativos -"probablemente no perceptible", "poco importante", "importante" o "muy importante"-.[202] A continuación utilizó una tabla de correspondencia para convertir esas expresiones cualitativas en valoraciones de la repercusión, de "A" para las consecuencias menos importantes a "G" para las más importantes[203], que se evaluaron a continuación de conformidad con determinadas "reglas de decisión" establecidas en el IRA[204] para llegar a una conclusión global sobre las posibles consecuencias biológicas y económicas. La conclusión global se expresaba en términos cualitativos, según los cuales las consecuencias podían ser "insignificantes", "muy bajas", "bajas", "moderadas", "altas" o "extremas".[205]

[198] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.50 (donde se cita el IRA, Parte B, página 33).
[199] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.50; IRA, Parte B, páginas 34 y 35.
[200] Esos criterios directos eran los siguientes: la vida o la salud de las plantas; la vida y la salud de las personas; y otros aspectos relativos a los aspectos ambientales. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.53 (donde se cita el IRA, Parte B, página 36))
[201] Los criterios indirectos en cuestión eran: el control o la erradicación; el comercio interno e internacional; el medio ambiente; y las comunidades. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.54 (donde se cita el IRA, Parte B, página 37))
[202] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.55; IRA, Parte B, páginas 38 y 39.
[203] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.458.
[204] IRA, Parte B, páginas 39 y 40.
[205] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.55 (donde se cita el IRA, Parte B, páginas 39 y 40).

d) Combinación de la probabilidad estimada de entrada, radicación y propagación con la estimación de las consecuencias

145. Como se ha indicado antes, el IRA combinó una evaluación cuantitativa de la probabilidad de entrada, radicación y propagación con una evaluación cualitativa de las posibles consecuencias. Australia califica a ese enfoque de "enfoque semicuantitativo".[206]

146. Al asignar valores cuantitativos a las probabilidades asociadas con los pasos de importación y los factores relativos a la proximidad, la exposición, la radicación y la propagación, el IRA utilizó tanto valoraciones de puntos (un valor único) como, con mayor frecuencia, intervalos o rangos de probabilidad[207], basados en testimonios y datos científicos, así como en el juicio experto del IRA. En conexión con los intervalos de probabilidad se utilizaron tres tipos de distribución de probabilidad: uniforme, triangular y Pert.[208] Los tres tipos de distribución tienen un valor máximo y un valor mínimo. La distribución triangular y la distribución Pert tienen también un tercer parámetro: un valor más probable.[209] En cambio, en una distribución uniforme, los valores contenidos en el rango continuo entre los valores mínimo y máximo tienen la misma probabilidad. El IRA afirma que sólo se utilizó la distribución uniforme cuando la información de que se disponía era insuficiente para determinar el valor más probable.[210]

147. Para combinar las estimaciones cuantitativas de la probabilidad global de entrada, radicación y propagación con la descripción cualitativa de las posibles consecuencias globales de la plaga, el IRA estableció una correspondencia entre los valores cuantitativos y calificaciones cualitativas de la probabilidad, conforme al cuadro sobre la "nomenclatura" que se reproduce a continuación. Seguidamente utilizó una "matriz de estimación del riesgo" para combinar la clasificación cualitativa

---

[206] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.61 (donde se cita el IRA, Parte B, página 11).

[207] En la mayoría de los casos, aunque no estaba obligado a hacerlo, el equipo encargado del IRA eligió un intervalo de un conjunto de seis rangos cuantitativos predefinidos propuesto en el proyecto de *Directrices para el análisis del riesgo de importación* de la Administración de Bioseguridad de Australia de 2001. (Informe del Grupo Especial, párrafo 2.65 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 42, y *Guidelines for import risk analysis* (proyecto, Canberra, septiembre de 2001) (Prueba documental 17 presentada por Australia al Grupo Especial)) Los intervalos en cuestión son los que figuran en la tercera columna del cuadro 12 de la página 43 de la Parte B del IRA, que se reproduce *infra* en el párrafo 147 del presente informe.

[208] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.66 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 42).

[209] La distribución triangular no es necesariamente simétrica, sino que puede estar sesgada y situar el valor más probable más o menos cerca del valor mínimo o máximo, y se utilizó cuando se dispuso de información sobre el valor más probable. Al igual que la distribución triangular, la distribución Pert tiene un valor mínimo y un valor máximo, así como un valor más probable, pero, a diferencia de ella "forma una curva suave en la que se da progresivamente mayor peso a los valores en función de su proximidad al 'valor más probable'". La distribución Pert se utilizó únicamente para estimar el volumen de las manzanas de Nueva Zelandia que se importarían en Australia. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.66 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 42) y 7.493 (donde se hace referencia a la respuesta de la Dra. Schrader a la pregunta 135 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 783))

[210] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.66 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 42).

de la probabilidad obtenida y las consecuencias cualitativas, para llegar a una determinación global del "riesgo en situación sin control"[211] que iría asociado a cada una de las plagas si se importasen manzanas de Nueva Zelandia durante 12 meses sin medidas fitosanitarias.[212] Esta matriz genera seis resultados posibles: riesgo insignificante, muy bajo, bajo, moderado, alto o extremo.

Nomenclatura de las probabilidades cualitativas utilizada por el IRA

Probabilidad	Descriptores cualitativos	Intervalo de probabilidad	Punto medio (en una distribución uniforme)
Alta	Sería muy probable que el suceso tuviera lugar	$0,7 \rightarrow 1$	0,85
Moderada	Habría las mismas posibilidades de que el suceso tuviera o no lugar	$0,3 \rightarrow 0,7$	0,5
Baja	Sería improbable que el suceso tuviera lugar	$5 \times 10^{-2} \rightarrow 0,3$	0,175
Muy baja	Sería muy improbable que el suceso tuviera lugar	$10^{-3} \rightarrow 5 \times 10^{-2}$	$2,6 \times 10^{-2}$
Extremadamente baja	Sería extremadamente improbable que el suceso tuviera lugar	$10^{-6} \rightarrow 10^{-3}$	5×10^{-4}
Insignificante	El suceso casi con toda seguridad no tendría lugar	$0 \rightarrow 10^{-6}$	5×10^{-7}

Fuente: Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 42; IRA, Parte B, cuadro 12, página 43.

Matriz de estimación del riesgo utilizada por el IRA[213]

Probabilidad de entrada, radicación y propagación						
Alta	Riesgo insignificante	Riesgo muy bajo	Riesgo bajo	Riesgo moderado	Riesgo alto	Riesgo extremo
Moderada	Riesgo insignificante	Riesgo muy bajo	Riesgo bajo	Riesgo moderado	Riesgo alto	Riesgo extremo
Baja	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo muy bajo	Riesgo bajo	Riesgo moderado	Riesgo alto
Muy baja	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo muy bajo	Riesgo bajo	Riesgo moderado
Extremadamente baja	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo muy bajo	Riesgo bajo
Insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo insignificante	Riesgo muy bajo
	Insignificantes	*Muy bajas*	*Bajas*	*Moderadas*	*Altas*	*Extremas*

Consecuencias de la entrada, radicación y propagación

Fuente: Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 45; IRA, Parte B, cuadro 11, página 41.

[211] El IRA define el riesgo como "una función de las probabilidades de que un suceso tenga lugar y las consecuencias o efectos derivados de ese suceso". (IRA, Parte B, página 40)

[212] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.56 (donde se cita el IRA, Parte B, página 40).

[213] Los cuadros de fondo blanco corresponden al nivel adecuado de protección de Australia ("riesgo muy bajo").

2. Gestión del riesgo de plagas

148. Según el IRA, se entiende por gestión del riesgo el proceso de determinación y aplicación de medidas para mitigar los riesgos de la plaga con el fin de lograr el nivel adecuado de protección de Australia.[214] El IRA describe el nivel adecuado de protección de Australia como aquel que "proporciona un nivel alto de protección sanitaria o fitosanitaria destinada a reducir el riesgo hasta un nivel muy bajo, pero no hasta cero".[215] Por consiguiente, se consideró que si el riesgo en situación sin control determinado mediante la matriz de estimación del riesgo era "insignificante" o "muy bajo", no excedía del nivel adecuado de protección de Australia, y, en consecuencia, no eran necesarias medidas de gestión del riesgo. En cambio, se consideró que si el riesgo en situación sin control era "bajo", "moderado", "alto", o "extremo", ese riesgo excedía del nivel adecuado de protección de Australia, y en consecuencia eran necesarias medidas de gestión del riesgo.[216] En esas circunstancias, el IRA utilizó la misma metodología de evaluación del riesgo para evaluar los efectos de las posibles medidas de gestión del riesgo y el riesgo asociado a ellas.[217]

D. *Conclusiones del IRA sobre la niebla del peral y del manzano*

1. Evaluación del riesgo de plagas

a) Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación y propagación

149. El IRA asignó un valor de punto de importación de 1 (el 100 por ciento) a los pasos de importación 1 y 8, y valores de paso de importación basados en intervalos de probabilidades y una distribución triangular a los otros seis pasos de importación.[218] Al introducir estos valores en las 10 distintas hipótesis de importación, el IRA estimó que la probabilidad global de importación de manzanas infestadas con *Erwinia amylovora* era del 3,9 por ciento del número total de manzanas importadas de Nueva Zelandia al año.[219]

150. Con respecto a la proximidad[220], el IRA estimó, para cada grupo de exposición, la probabilidad de que un punto de aprovechamiento esté lo suficientemente cerca de una planta

[214] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.58 (donde se cita el IRA, Parte B, página 41).
[215] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.59 (donde se cita el IRA, Parte B, página 4).
[216] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.59 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 41).
[217] IRA, Parte B, página 41.
[218] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.255, 7.266, 7.283, 7.298, 7.311, 7.326, 7.338 y 7.347 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 54, 65, 71, 77, 79 y 80).
[219] Más concretamente, tras introducir sus estimaciones de probabilidad en el modelo de simulación, el IRA estimó la probabilidad de importación en "$3{,}9 \times 10^{-2}$ (media), $2{,}2 \times 10^{-2}$ (percentil 5) y $5{,}6 - 10^{-2}$ (percentil 95)". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.353 (donde se cita el IRA, Parte B, página 80))
[220] Como se explica *supra*, la proximidad es la probabilidad de que los principales puntos de distribución o consumo de manzanas (puntos de aprovechamiento) estén ubicados suficientemente cerca de

hospedante vulnerable como para que exista alguna probabilidad de transferencia de *Erwinia amylovora*. Al examinar las combinaciones de cinco puntos de aprovechamiento y cuatro grupos de exposición[221], el IRA determinó, para la combinación de mayoristas en zonas de producción y cultivos comerciales de frutas, que la proporción de puntos de aprovechamiento suficientemente cercanos a plantas hospedantes vulnerables en los grupos de exposición es de 1 (el 100 por ciento), mientras que, para las 19 combinaciones restantes, determinó intervalos de probabilidades con diversos valores mínimos y máximos, todos los cuales se combinaron con una distribución uniforme.[222] El IRA también contempló dos hipótesis alternativas sobre la proximidad. En la primera hipótesis, el 70 al 100 por ciento de las manzanas importadas se distribuiría a almacenes de embalaje de los huertos, y el resto a mayoristas en zonas urbanas; mientras que en la segunda hipótesis, sólo se distribuiría del 0,1 al 5 por ciento de las manzanas importadas a almacenes de embalaje de los huertos.[223]

151. Con respecto a la exposición[224], el IRA asignó a cada una de las 20 combinaciones de cinco puntos de aprovechamiento y cuatro grupos de exposición un valor de exposición correspondiente a una sola manzana que constaba de un rango con un valor mínimo de 0 y un valor máximo de 10^{-6}, utilizando una distribución uniforme.[225] El IRA explicó que este rango se basaba en las opiniones en él expresadas sobre la transmisión mecánica[226] y la que se produce por medio de insectos[227], y reconoció explícitamente "que, en algunas circunstancias, las posibilidades de exposición serían cero".[228]

152. A continuación, el IRA estimó la probabilidad parcial de radicación y la de propagación para cada uno de los cuatro grupos de exposición. Se describieron las ocho probabilidades parciales (cuatro correspondientes a la radicación y cuatro a la propagación) como un intervalo de probabilidad

---

hospedantes de las plagas (grupos de exposición) como para que se produzca la transferencia de la plaga desde las manzanas importadas hasta las plantas hospedantes.

[221] Informe del Grupo Especial, párrafos 2.44 y 2.45 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 24-29). Los cinco puntos de aprovechamiento y los cuatro grupos de exposición se describen *supra*, en el párrafo 139 del presente informe.

[222] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.377 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 85).

[223] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.377 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 25, 26 y 97).

[224] Como se explica *supra*, la exposición es la probabilidad de la transferencia de una plaga desde una manzana infestada a una planta hospedante vulnerable.

[225] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.381.

[226] La transmisión mecánica se refiere, por ejemplo, a la transmisión mediante la exposición de los trabajadores y el equipo a la plaga. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.398 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 87 y 88))

[227] La transmisión que se produce por medio de insectos se refiere a la transferencia de bacterias a una planta hospedante vulnerable mediante insectos que han permanecido en las manzanas desechadas. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.398 (donde se cita el IRA, Parte B, páginas 87 y 88))

[228] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.381 (donde se cita el IRA, Parte B, página 90).

con una distribución uniforme.[229] Posteriormente, utilizando el programa @Risk, el IRA combinó la probabilidad parcial de radicación, la probabilidad parcial de propagación, la probabilidad de importación y el volumen estimado de manzanas, para calcular la probabilidad global de entrada, radicación y propagación.[230] Utilizando las dos hipótesis relativas a la proximidad descritas anteriormente[231], el IRA obtuvo dos valores de probabilidad[232], ambos comprendidos en la categoría "muy baja" de la nomenclatura del IRA.[233]

b) Evaluación de las consecuencias

153. El IRA asignó las siguientes valoraciones de la repercusión en su evaluación de las posibles consecuencias de la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano en Australia: i) en cuanto a las consecuencias directas, el IRA asignó una "F"[234] a los efectos sobre la preservación de los vegetales, y una "A"[235] a los efectos sobre la vida y la salud de las personas y cualesquiera otros aspectos del medio ambiente[236]; y ii) en cuanto a las consecuencias indirectas, el IRA asignó una "E"[237] al control y la erradicación y a las repercusiones sobre la rama de producción nacional, una "D"[238] a los efectos sobre el comercio internacional y las comunidades, y una "A" a los efectos sobre el medio ambiente.[239] El IRA aplicó sus normas sobre adopción de decisiones[240] al

[229] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.426 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 95-97).

[230] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.427 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 97).

[231] *Supra*, párrafo 150 del presente informe.

[232] Los valores obtenidos correspondientes al 5 por ciento, la mediana y el 95 por ciento eran: $9{,}1 \times 10^{-3}$, $4{,}5 \times 10^{-2}$ y 0,18, en la primera hipótesis, y $8{,}7 \times 10^{-3}$, $4{,}4 \times 10^{-2}$ y 0,18 en la segunda. El Grupo Especial describió estos dos conjuntos de valores de probabilidad como "casi idénticos". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.432; IRA, Parte B, cuadro 21, página 97)

[233] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.427 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 97).

[234] "F" significa "importante" con respecto a las consecuencias a escala nacional y "muy importante" con respecto a las consecuencias a escala regional, comarcal y local. (IRA, Parte B, página 39)

[235] "A" significa "probablemente no perceptible" con respecto a todas las consecuencias a escala nacional, regional, comarcal y local. (IRA, Parte B, página 39)

[236] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.459 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 100).

[237] "E" significa "poco importante" con respecto a las consecuencias a escala nacional, "importante" con respecto a las consecuencias a escala regional y "muy importante" con respecto a las consecuencias a escala comarcal y local. (IRA, Parte B, página 39)

[238] "D" significa "probablemente no perceptible" con respecto a las consecuencias a escala nacional, "poco importante" con respecto a las consecuencias a escala regional, "importante" con respecto a las consecuencias a escala comarcal y "muy importante" con respecto a las consecuencias a escala local. (IRA, Parte B, página 39)

[239] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.460 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 100-104).

[240] El IRA ha preestablecido criterios de conversión. En el análisis de la niebla del peral y del manzano, el IRA aplicó la norma de que, cuando las consecuencias de una plaga con respecto a un único criterio se califican con una "F" y con respecto a los demás criterios no tienen la calificación unánime de "E", las consecuencias generales se consideran "altas". (IRA, Parte B, página 40)

combinar estas valoraciones de la repercusión asignadas para llegar al resultado de que las posibles consecuencias biológicas y económicas globales de la niebla del peral y del manzano eran "altas".[241]

c) Combinación de la probabilidad estimada de entrada, radicación y propagación con la estimación de las consecuencias

154. Al final de su evaluación del riesgo, el IRA combinó la probabilidad total de entrada, radicación y propagación ("muy baja") con la estimación de las consecuencias ("alta") utilizando la matriz de estimación del riesgo. Conforme a la matriz, el IRA concluyó que el riesgo en situación sin control correspondiente a la niebla del peral y del manzano era "bajo".[242]

2. Gestión del riesgo de plagas

155. Puesto que el riesgo en situación sin control correspondiente a la niebla del peral y del manzano era "bajo" y superaba, en consecuencia, el nivel adecuado de protección de Australia, el IRA pasó a la etapa de gestión del riesgo. Debido a que el IRA consideró que concretamente el número de manzanas infestadas o infectadas influía sobre el riesgo en situación sin control en los pasos de importación 2, 3, 4 y 5, se centró en las medidas que podrían reducir la probabilidad asignada a dichos pasos.[243] Utilizando su metodología de evaluación del riesgo, el IRA tomó en consideración cuatro opciones de reducción del riesgo: i) obtención de manzanas para la exportación de huertos individuales libres de síntomas de la enfermedad de la niebla del peral y del manzano; ii) utilización de cloro u otro tratamiento de desinfección apropiado; iii) almacenamiento en frío de las manzanas durante seis semanas antes de la exportación; y iv) enfoques de sistemas, es decir, combinaciones de dos o más de estas opciones.[244] El IRA llegó a la conclusión de que ninguna de estas opciones, por sí misma, reduciría el riesgo en la medida suficiente, pero que la combinación de la obtención de manzanas de huertos libres de síntomas de la niebla del peral y del manzano y la desinfección reduciría el riesgo hasta un valor "muy bajo", es decir, dentro del nivel adecuado de protección de Australia.[245]

---

[241] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.461 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 104).
[242] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.462 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 104 y 105).
[243] Informe del Grupo Especial, párrafo 2.106; IRA, Parte B, páginas 105-107.
[244] IRA, Parte B, página 106.
[245] IRA, Parte B, páginas 114-116; véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 2.91.

E. *Conclusiones del IRA sobre la ALCM*

1. Evaluación del riesgo de plagas

a) Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación y propagación

156. El IRA asignó un valor de paso de importación de 1 (el 100 por ciento) a los pasos de importación 1 y 8 y un valor de paso de importación de cero a los pasos de importación 5 y 7. Los valores correspondientes a los otros cuatro pasos de importación se determinaron como intervalos de probabilidades, dos con distribución triangular y dos con distribución uniforme.[246] Utilizando estos valores, el IRA estimó que la probabilidad global de importación de manzanas infestadas con ALCM era del 4,1 por ciento del número total de manzanas importadas de Nueva Zelandia al año.[247] Además de esta estimación de la probabilidad de importación (la "estimación inicial") para la ALCM, el IRA utilizó también un método alternativo para estimar la probabilidad global de importación, que se basaba en los datos presentados por Nueva Zelandia a la Administración de Bioseguridad de Australia en 2005 (los "datos de agosto de 2005"). Con estas cifras, el IRA calculó que la probabilidad de importación de manzanas infestadas era del 0,13 por ciento del número total de manzanas importadas de Nueva Zelandia al año.[248] En las siguientes etapas de su análisis, el IRA tomó en consideración ambas series de datos.

157. Con respecto a la proximidad, el IRA tomó en consideración una vez más todas las combinaciones de cinco puntos de aprovechamiento y cuatro grupos de exposición.[249] El IRA determinó, para la combinación de mayoristas en zonas de producción y cultivos comerciales de frutas, que la proporción de puntos de aprovechamiento suficientemente cercanos a plantas hospedantes vulnerables en el grupo de exposición era de 1 (el 100 por ciento), mientras que, para las 19 combinaciones restantes, determinó intervalos de probabilidades con diversos valores mínimos y máximos, todos los cuales se combinaron con una distribución uniforme.[250] Aquí, el IRA mencionó

[246] IRA, Parte B, páginas 159-166.

[247] Más concretamente, tras introducir sus estimaciones de probabilidad en el modelo de simulación del riesgo, la probabilidad de importación se estimó en "$4{,}1 \times 10^{-2}$ (media), $2{,}1 \times 10^{-2}$ (percentil 5) y $6{,}5 \times 10^{-2}$ (percentil 95)". (IRA, Parte B, página 165; véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1360)

[248] Más concretamente, el IRA abordó la información proporcionada por Nueva Zelandia como una distribución triangular con un valor mínimo de 10^{-3}, un valor más probable de $1{,}3 \times 10^{-3}$ y un valor máximo de $3{,}8 \times 10^{-3}$. (IRA, Parte B, página 166)

[249] Informe del Grupo Especial, párrafos 2.44 y 2.45 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 25-29).

[250] IRA, Parte B, página 168.

expresamente que las probabilidades estimadas fueron determinadas por el juicio experto de sus redactores.[251]

158. Con respecto a la transferencia de ALCM del punto de aprovechamiento a plantas hospedantes, el IRA señaló que únicamente el vuelo de insectos adultos permite la transferencia de la plaga de la fruta o el embalaje al medio ambiente que rodea a un punto de aprovechamiento.[252] El IRA también explicó que, para que se produzca la transferencia de ALCM de la fruta infestada a una planta hospedante es necesario que una hembra, tras emerger de su capullo, atraiga a un macho, se aparee con él y ponga huevos en una planta hospedante vulnerable durante su breve vida, y que un número suficiente de esos huevos sobreviva y eclosione.[253]

159. Para calcular el número de frutas infestadas que llega a cada combinación de un punto de aprovechamiento y un grupo de exposición, el IRA realizó dos series de estimaciones correspondientes a las 20 combinaciones de cinco puntos de aprovechamiento y cuatro grupos de exposición, una basada en su estimación inicial y otra en los datos de agosto de 2005.[254] Además, como en el caso de la niebla del peral y del manzano, también consideró dos hipótesis relativas a la proporción de manzanas importadas que se distribuirían a almacenes de embalaje de los huertos.[255]

160. A continuación, el IRA estimó, para cada una de las 20 combinaciones de cinco puntos de aprovechamiento y cuatro grupos de exposición, una probabilidad parcial de entrada, radicación y propagación. De nuevo obtuvo dos series de datos utilizando, para la probabilidad de importación, su estimación inicial y los datos de agosto de 2005. Las 40 probabilidades se presentaron como intervalos combinados con una distribución uniforme.[256]

161. Utilizando el programa @Risk, el IRA combinó las probabilidades parciales de entrada, radicación y propagación con el fin de calcular la probabilidad global de entrada, radicación y propagación sobre la base de la estimación inicial y los datos de agosto de 2005, respectivamente. Los rangos de probabilidades obtenidos para las dos hipótesis se correspondían con una probabilidad

[251] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.803 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 167).
[252] IRA, Parte B, página 171.
[253] IRA, Parte B, página 171.
[254] IRA, Parte B, páginas 171-174.
[255] *Supra*, párrafo 150 del presente informe.
[256] IRA, Parte B, página 179. El IRA declara que "[e]stas estimaciones se basan en la opinión de expertos que han tenido en cuenta" los factores señalados en su análisis y examina cuestiones y pruebas pertinentes para las probabilidades, tanto en general como para puntos de aprovechamiento concretos. (*Ibid.*, página 178)

cualitativa de entrada, radicación y propagación "alta"[257] (utilizando la estimación inicial) y "moderada"[258] (con los datos de agosto de 2005) conforme a la nomenclatura del IRA.

b) Evaluación de las consecuencias

162. El IRA asignó las siguientes valoraciones de la repercusión en su evaluación de las posibles consecuencias de la entrada, radicación y propagación de la ALCM en Australia: i) en cuanto a las consecuencias directas, el IRA asignó una "D"[259] a los efectos sobre la preservación de los vegetales, y una "A"[260] a los efectos sobre la vida y la salud de las personas y cualesquiera otros aspectos del medio ambiente[261]; y ii) en cuanto a las consecuencias indirectas, el IRA asignó una "D" a los efectos sobre el control y la erradicación, la rama de producción nacional y el comercio internacional[262], y una "B"[263] a los efectos sobre el medio ambiente y las comunidades.[264] El IRA aplicó sus normas sobre adopción de decisiones[265] a la combinación de esas valoraciones de la repercusión asignadas, y llegó a la conclusión de que las posibles consecuencias biológicas y económicas globales asociadas a la ALCM eran "bajas".[266]

c) Combinación de la probabilidad estimada de entrada, radicación y propagación con la estimación de las consecuencias

163. Por último, el IRA combinó la probabilidad total de entrada, radicación y propagación con la estimación de las consecuencias utilizando la matriz de estimación del riesgo. La probabilidad total de entrada, radicación y propagación de la ALCM era "alta" (utilizando la estimación inicial) y "moderada" (con los datos de agosto de 2005), y la estimación de las consecuencias era "baja". Sobre

---

[257] Los valores obtenidos correspondientes al 5 por ciento, la mediana y el 95 por ciento eran 0,56, 0,73 y 0,89. (IRA, Parte B, página 183)

[258] Los valores obtenidos correspondientes al 5 por ciento, la mediana y el 95 por ciento eran 0,33, 0,51 y 0,68. (IRA, Parte B, página 183)

[259] Como se describe *supra*, "D" significa "probablemente no perceptible" con respecto a las consecuencias a escala nacional, "poco importante" con respecto a las consecuencias a escala regional, "importante" con respecto a las consecuencias a escala comarcal y "muy importante" con respecto a las consecuencias a escala local. (IRA, Parte B, página 39)

[260] Como se describe *supra*, "A" significa "probablemente no perceptible" con respecto a todas las consecuencias a escala nacional, regional, comarcal y local. (IRA, Parte B, página 39)

[261] IRA, Parte B, páginas 184 y 185.

[262] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.883; IRA, Parte B, páginas 185 y 186.

[263] "B" significa "probablemente no perceptible" con respecto a las consecuencias a escala nacional, regional y comarcal y "poco importante" con respecto a las consecuencias a escala local. (IRA, Parte B, página 39)

[264] IRA, Parte B, páginas 186 y 187.

[265] En el análisis de la ALCM, el IRA aplicó la norma de que, cuando las consecuencias de una plaga con respecto a uno o más criterios se califican con una "D", las consecuencias generales se consideran "bajas". (IRA, Parte B, página 40)

[266] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.878 (donde se cita el IRA, Parte B, página 187).

la base de estas calificaciones, el IRA llegó a la conclusión de que el riesgo global correspondiente a la ALCM en situación sin control era "bajo" para las dos series de datos.[267]

2. Gestión del riesgo de plagas

164. Puesto que el riesgo correspondiente a la ALCM en situación sin control era "bajo" y superaba, en consecuencia, el nivel adecuado de protección de Australia, el IRA pasó a la etapa de gestión del riesgo. Se centró en dos opciones principales para reducir el riesgo: i) la inspección de las manzanas combinada con acciones correctivas en caso de que la inspección encontrara plagas; y ii) un tratamiento obligatorio para todas las manzanas. Al observar que la ALCM es muy visible y que se suponía que la fumigación tenía una eficacia del 100 por ciento para eliminarla, el IRA se planteó si una inspección de 600 frutas de cada lote[268], seguida por la fumigación o destrucción de los lotes o envíos que contuvieran ALCM, reduciría el riesgo en una medida suficiente.[269] El IRA volvió a calcular la probabilidad de entrada, radicación y propagación correspondiente a esta hipótesis de riesgo en situación con control, utilizando los datos de que se había valido en su estimación inicial de la probabilidad de importación, y llegó a la conclusión de que la medida reduciría la probabilidad a "extremadamente baja". Cuando se combinó con consecuencias "bajas" en la matriz de estimación del riesgo, se determinó que el riesgo global asociado con esta medida era "insignificante", es decir, estaba comprendido en el nivel adecuado de protección de Australia.[270] El IRA también observó que este análisis predecía que se detectaría la ALCM en "prácticamente todos" los lotes, lo que daría lugar a la fumigación de todos los lotes. El IRA examinó la eficacia de esta medida de gestión del riesgo con diferentes tasas de infestación por plagas. En particular, consideró la hipótesis más desfavorable en la que, con una tasa de infestación del 0,17 por ciento, la inspección de una muestra de 600 frutas permitiría que algunos lotes pasaran inadvertidos, lo que significaría que la probabilidad total de importación de manzanas infestadas sería del 0,06 por ciento. Cuando se utilizó esta cifra en el cálculo general, el resultado fue que el riesgo en situación con control superaría el nivel adecuado de protección de Australia.[271] Al observar que este nivel de infestación en la hipótesis más desfavorable estaba comprendido en el rango de los datos proporcionados por Nueva Zelandia en agosto de 2005,

[267] IRA, Parte B, páginas 187 y 188.

[268] En el IRA "lote" se define como "todas las manzanas embaladas para exportación a Australia cada día por un almacén de embalaje registrado" y, por consiguiente, el Grupo Especial señaló que "un lote no es una cantidad fija". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1347 (donde se cita el IRA, Parte B, página 342)). Sin embargo, al examinar las medidas de gestión del riesgo correspondiente a la ALCM, el IRA hizo referencia a un tamaño de lote de 20.000 frutas y mencionó que las variaciones del tamaño del lote habían supuesto muy pocas diferencias en las probabilidades de que una manzana que estuviera infestada continuara estándolo después de la inspección y la fumigación. (IRA, Parte B, página 188)

[269] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1301 (donde se cita el IRA, Parte B, página 188).

[270] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1301 (donde se cita el IRA, Parte B, página 190); IRA, Parte B, página 189.

[271] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1302 (donde se cita el IRA, Parte B, página 190).

el IRA sometió a prueba la relación entre el tamaño de las muestras y las tasas de infestación en los segmentos superior e inferior de los datos proporcionados por Nueva Zelandia. A continuación el IRA, basándose en este análisis, consideró una inspección de 3.000 frutas de cada lote y llegó a la conclusión de que la combinación de una inspección de 3.000 frutas y un tratamiento apropiado o el rechazo de los lotes en los que se hubiera encontrado la ALCM reducirían el riesgo a un nivel "muy bajo", comprendido en el nivel adecuado de protección de Australia.[272] El IRA también identificó una medida alternativa de gestión del riesgo que reduciría suficientemente el riesgo, a saber, el tratamiento (fumigación) de todos los lotes para eliminar la ALCM[273], combinado con una inspección de 600 frutas.[274]

V. Párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*: "Medida sanitaria o fitosanitaria"

165. El primer motivo de la apelación de Australia se refiere a la siguiente constatación del Grupo Especial:

> [l]as 16 medidas en litigio en la presente diferencia, tanto en su conjunto como individualmente, son MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A y están abarcadas por el Acuerdo MSF.[275]

166. Australia apela contra esta constatación, al menos en parte. Admite que todas las medidas en litigio son MSF si se consideran en su conjunto o "adecuadamente agrupadas".[276] Sin embargo, Australia discrepa de la constatación del Grupo Especial de que las 16 medidas en litigio son MSF, no sólo en su conjunto, sino también individualmente. Argumenta que la constatación del Grupo Especial de que la finalidad de las 16 medidas en litigio corresponde al párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF* no basta para considerar que cada una de ellas individualmente sea una MSF. Australia alega que el Grupo Especial no evaluó si las 16 medidas en litigio, consideradas individualmente, cumplían las prescripciones del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

167. A juicio de Australia, no hay 16 MSF distintas, sino únicamente 4 MSF, a saber, dos medidas principales de gestión del riesgo relativas a la niebla del peral y del manzano, una medida principal de gestión del riesgo relativa al chancro del manzano y del peral y una medida principal de gestión del riesgo relativa a la ALCM. Australia mantiene que varias de las "medidas" identificadas por Nueva

---

[272] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1303 (donde se cita el IRA, Parte B, página 191).
[273] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1305 (donde se cita el IRA, Parte B, página 192).
[274] Se trata de una inspección para comprobar la presencia de plagas distintas de la ALCM. (IRA, Parte B, página 321)
[275] Informe del Grupo Especial, apartado b) del párrafo 8.1; véase también el párrafo 7.172.
[276] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 60.

Zelandia eran únicamente prescripciones "accesorias"[277] que individualmente no podrían dar lugar a un incumplimiento de las obligaciones pertinentes y, por consiguiente, no podrían ser impugnadas individualmente. Según Australia, las prescripciones accesorias, consideradas individualmente, carecen de sentido y son ineficaces puesto que dependen de las medidas principales de gestión del riesgo y únicamente sirven para aplicarlas o mantenerlas.[278]

168. Nueva Zelandia responde que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que las 16 medidas son MSF, tanto en su conjunto como individualmente. No está de acuerdo con el concepto que utiliza Australia de medidas "principales" y "accesorias" y sostiene que un régimen sanitario o fitosanitario puede estar compuesto por muchas medidas interrelacionadas. El hecho de que una medida esté relacionada con otra no la inhabilita para ser una MSF en sí misma.[279] Nueva Zelandia también señala que la última frase del párrafo 1 del Anexo A cita, como ejemplos de MSF, los mismos tipos de medidas que según Australia son "accesorias" y por lo tanto no constituyen MSF en sí mismas.[280]

169. Por consiguiente, la pregunta que se nos plantea es si las 16 medidas, consideradas individualmente, son MSF, o si sólo constituyen MSF cuando se consideran en su conjunto o se agrupan. Para responder a esa pregunta examinaremos en primer lugar la interpretación correcta del texto pertinente del párrafo 1 a) del Anexo A del *Acuerdo MSF* de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Después examinaremos si el Grupo Especial interpretó o aplicó erróneamente la definición de MSF que figura en el párrafo 1 a) del Anexo A.

A. *Interpretación del párrafo 1 del Anexo A del* Acuerdo MSF

170. Una característica singular del *Acuerdo MSF* es que define las medidas que son objeto de sus disciplinas. Según el párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF* una MSF se define como sigue:

ANEXO A

DEFINICIONES

1. *Medida sanitaria o fitosanitaria* - Toda medida aplicada:

a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos

[277] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 67.
[278] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 135-144. Véanse también las respuestas de Australia a las preguntas del Grupo Especial después de su primera reunión, anexo A.
[279] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.30.
[280] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.28.

> resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades;
>
> b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;
>
> c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; o
>
> d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas.
>
> Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos. (no se reproduce la nota de pie de página)

171. Aunque el párrafo 1 del Anexo A se refiere a "toda medida", ni en el *Acuerdo MSF* ni en el ESD figura una definición del término "medida". No obstante, el concepto de "medida" es fundamental para la solución de diferencias y ha sido tratado en varios casos por el Órgano de Apelación. Teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 3 del ESD, el Órgano de Apelación ha mantenido que, en principio, todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida de ese Miembro a efectos del procedimiento de solución de diferencias. Los actos u omisiones que pueden ser atribuidos de ese modo son habitualmente los actos u omisiones de los órganos del Estado.[281]

172. Un elemento fundamental de la definición de "medida sanitaria o fitosanitaria" que figura en el párrafo 1 del Anexo A es que esta medida debe ser "aplicada para proteger" al menos uno de los intereses enumerados o "para prevenir o limitar" perjuicios especificados. El apartado a) incluye en el alcance de la definición las medidas aplicadas para proteger la salud y la vida de los animales o para

[281] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 81.

preservar los vegetales en el territorio del Miembro de determinados riesgos relacionados con plagas y enfermedades. La palabra "*to*" ("para"), en relación adverbial con el verbo en infinitivo "*protect*" ("proteger"), indica propósito o intención.[282] Por consiguiente, establece un vínculo necesario entre la medida y el interés protegido. En ese sentido, el Órgano de Apelación, en *Australia - Salmón*, hizo referencia al "nivel adecuado de protección" de un Miembro y explicó que ese nivel constituye un *objetivo*, y la MSF un *instrumento* elegido para conseguir o hacer realidad ese objetivo.[283] Además, observamos que la palabra "aplicada" apunta a la aplicación de la medida y, por consiguiente, sugiere que la relación entre la medida y uno de los objetivos enumerados en el párrafo 1 del Anexo A debe ser evidente en la propia medida o desprenderse claramente de las circunstancias relativas a la aplicación de la medida. Esto indica que se debe determinar la finalidad de una medida sobre la base de consideraciones objetivas.[284]

173. Consideramos que el sentido que se le ha atribuido a la frase "aplicarse ... de manera que se proteja" en el contexto del párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994 puede servir de ayuda para la tarea de interpretación que tenemos ante nosotros.[285] El texto del párrafo 1 a) del Anexo A del *Acuerdo MSF* es similar al del párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994, en la medida en que ambas disposiciones utilizan la palabra "aplicar" y en ambas esa palabra va seguida de una expresión de finalidad, a saber, "para proteger" o "que se proteja", respectivamente. Con respecto al artículo III del GATT de 1994, el Órgano de Apelación ha opinado que, si bien el objeto de una medida no puede evaluarse fácilmente, puede, muchas veces, discernirse a partir del diseño, la arquitectura y la estructura de la medida.[286] El párrafo 1 a) del Anexo A del *Acuerdo MSF* requiere un enfoque similar. Se debe determinar si una medida ha sido "aplicada [...] para proteger" en el sentido del párrafo 1 a) del Anexo A no sólo a partir de los objetivos de la medida, tal como los ha expresado la parte demandada, sino también de su texto y estructura, de su contexto normativo y de la manera en que se ha diseñado y aplicado. Para que cualquier medida esté comprendida en el alcance del párrafo 1 a) del Anexo A, el examen de estas circunstancias debe revelar una relación clara y objetiva entre la medida y los objetivos concretos enumerados en dicha disposición.

---

[282] *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 3280.

[283] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 200.

[284] Véase, a efectos similares, el informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.2558.

[285] Aunque somos conscientes de que hay que ser cautos al referirse a palabras y frases similares que figuran en otras disposiciones de los acuerdos abarcados para establecer el sentido de una determinada palabra o frase (informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 89), también observamos que, dado que el párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF* y el párrafo 1 del artículo III del GATT de 1994 forman parte del mismo tratado en virtud del párrafo 2 del artículo II del *Acuerdo sobre la OMC*, cada una de las dos disposiciones es un contexto pertinente para la interpretación de la otra.

[286] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Bebidas alcohólicas II*, página 34.

174. Examinaremos a continuación la última frase del párrafo 1 del Anexo A, que establece lo siguiente:

> Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos.

175. Observamos que esta última frase del párrafo 1 del Anexo A sigue a toda la primera frase, y se refiere a ella, con inclusión de todos los objetivos enumerados en los apartados a) a d). En la primera parte de esta frase figura una lista de instrumentos jurídicos vinculados por la conjunción "y" ("leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos"). Los términos "comprenden", "todas" y "pertinentes" modifican esta lista. A nuestro juicio, la palabra "pertinentes" es un elemento fundamental de la frase. Consideramos que "pertinentes" se refiere a la frase anterior del párrafo 1 del Anexo A, es decir, a la lista de objetivos concretos que son la característica que define a toda MSF. Las palabras "comprenden" y "todas", que también sirven de introducción a la lista de instrumentos, sugieren que la lista es a la vez ilustrativa y extensiva. Por lo tanto, los términos "comprenden", "todas" y "pertinentes", considerados en su conjunto, indican que medidas de un tipo no incluido expresamente en la lista pueden, sin embargo, ser MSF si son "pertinentes", es decir, si son "aplicadas" con un objetivo que se corresponda con uno de los enumerados en los apartados a) a d). Por el contrario, el hecho de que un instrumento sea de un tipo enumerado en la última frase del párrafo 1 del Anexo A no basta, en sí mismo, para incluirlo en el alcance del *Acuerdo MSF*.

176. En relación con la segunda parte de la última frase, observamos que esta disposición introduce una lista de instrumentos mediante la expresión "con inclusión, entre otras cosas". La utilización de las dos expresiones, "con inclusión" y "entre otras cosas", pone de relieve que la lista es únicamente indicativa.[287] La propia lista abarca una amplia variedad de medidas que se identifican

[287] A este respecto, recordamos que el Órgano de Apelación examinó la expresión "entre otros", contenida en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*, en el asunto *CE - Sardinas*. Haciendo referencia a la tercera frase de esa disposición, en la que se expone una lista a la que la frase "[t]ales objetivos legítimos son, entre otros:" sirve de introducción, el Órgano de Apelación consideró que el empleo de la expresión "entre otros" indicaba que los objetivos que abarca la expresión "objetivos legítimos" se extienden más allá de los específicamente mencionados en el párrafo 2 del artículo 2. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 286)

con distintos grados de concreción. A nuestro juicio, se trata de una lista de ejemplos de medidas que pueden estar comprendidas en la definición de MSF, siempre que la medida ponga de manifiesto una relación clara y objetiva (sea "aplicada" para) con al menos uno de los objetivos establecidos en los apartados a) a d). En consecuencia, la lista sirve para ilustrar mediante una serie de ejemplos concretos los diferentes tipos de medidas que, si muestran el debido vínculo con uno de los objetivos especificados, constituirán MSF y, por consiguiente, serán objeto de las disciplinas previstas en el *Acuerdo MSF*.

B. *Aplicación del párrafo 1 del Anexo A a las medidas en litigio*

177. Teniendo presente lo anterior, pasamos a examinar los aspectos específicos de la apelación de Australia. Australia alega que la constatación del Grupo Especial de que las 16 medidas cumplen individualmente las prescripciones del párrafo 1 del Anexo A fue errónea, porque el Grupo Especial no aplicó debidamente las prescripciones del párrafo 1 del Anexo A a cada una de las medidas.

178. Recordamos que el Grupo Especial basó su conclusión en dos elementos. En primer lugar, evaluó la finalidad de las medidas. Observó que en la *Ley de Cuarentena de 1908*, que constituye el fundamento legislativo del IRA y, por lo tanto, de las 16 medidas en litigio, se definen las medidas de cuarentena como aquellas "que tengan por objeto la prevención o el control de la introducción, radicación y propagación de enfermedades o plagas que causarán o podrían causar daños importantes a las personas, animales o vegetales, otros aspectos del medio ambiente o actividades económicas".[288] El Grupo Especial se refirió también a una sección del IRA en el que se dispone que la finalidad de las medidas es proteger la salud de las personas, animales y vegetales.[289] A continuación, el Grupo Especial concluyó que, dado que las 16 medidas se exponen en el IRA, cada una de ellas persigue esos objetivos generales[290] y, en consecuencia, está relacionada con riesgos resultantes de la entrada, radicación y propagación de plagas, en el sentido del párrafo 1 a) del Anexo A del *Acuerdo MSF*.[291] Además, el Grupo Especial identificó la finalidad de cada una de las distintas medidas, según lo expuesto en el IRA, y constató la existencia de un "estrecho vínculo"[292] entre su finalidad y la gestión de los riesgos. En segundo lugar, el Grupo Especial analizó si las 16 medidas estaban abarcadas por la lista de ejemplos de MSF de la última frase del párrafo 1 del Anexo A. El Grupo Especial constató que cada una de las 16 medidas requiere una forma determinada de hacer algo, que debe seguirse para

[288] Párrafo 1 del artículo 4 de la *Ley de Cuarentena de 1908*, según se cita en el IRA, Parte B, página 1. (no se reproduce la nota de pie de página)

[289] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.127 (donde se cita el IRA, Parte B, página 5; y el *Import Risk Assessment Handbook* (Administración de Bioseguridad de Australia, 2003) (Prueba documental 10 presentada por Australia al Grupo Especial), página 5).

[290] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.129.

[291] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.139.

[292] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141.

poder importar manzanas neozelandesas en Australia.[293] El Grupo Especial clasificó las 16 medidas como reglamentos, prescripciones o procedimientos y concluyó en consecuencia que las 16 medidas, tanto en conjunto como individualmente, constituyen MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.[294]

179. No consideramos fundada la alegación de Australia de que el Grupo Especial no analizó si, consideradas individualmente, las 16 medidas en litigio cumplen los requisitos del párrafo 1 del Anexo A. Es cierto que el Grupo Especial infirió que "[p]uesto que las 16 medidas se exponen en el IRA, cada una de ellas persigue los [mismos] objetivos generales [que el IRA]".[295] Sin embargo, a nuestro juicio, el análisis del Grupo Especial no se limitó a esa constatación. El Grupo Especial evaluó también la finalidad de cada una de las medidas individualmente, según se enuncia en el IRA. En el párrafo 7.141 de su informe, examinó las medidas individualmente y analizó la finalidad de cada medida o de pequeños subconjuntos de medidas. Observó, por ejemplo, que, con arreglo a las explicaciones del IRA, las medidas 2 a 5 se refieren a la "reducción del riesgo", la medida 6 trata de la "mitiga[ción] del riesgo de niebla del peral y del manzano", y la finalidad expresa de la medida 7 es la "[p]revención de la contaminación".[296] A nuestro parecer, el Grupo Especial consideró que ese análisis desagregado reforzaba su conclusión de que las 16 medidas en litigio estaban relacionadas con los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, en el sentido del párrafo 1 a) del Anexo A. A nuestro juicio, por lo tanto, en contra de lo que alega Australia, el Grupo Especial analizó de hecho si las 16 medidas en litigio cumplen individualmente las prescripciones del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

180. Australia sostiene también que las medidas, consideradas individualmente, no son MSF, porque no exigen "una acción o un modo de proceder (incluida una omisión identificable) que un Miembro ponga en práctica o siga efectivamente con el fin de obtener protección contra un riesgo pertinente".[297] Mantiene que las actividades o prescripciones como por ejemplo procesos o procedimientos administrativos cuyo único efecto sea mejorar la eficacia de algún mecanismo activo para la protección de la vida o la salud de los animales o preservar los vegetales frente a un riesgo no deben considerarse MSF independientes, sino prescripciones accesorias. Australia sostiene que las prescripciones accesorias y las medidas principales a las que corresponden deben considerarse conjuntamente como "una única MSF compuesta o reforzada"[298] y pone como ejemplo a este respecto lo que Nueva Zelandia identificó como medida 3. Esa "medida" prescribe que se elabore y apruebe

[293] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.163.
[294] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.172.
[295] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.129.
[296] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.141 (donde se cita el IRA, Parte B, página 318).
[297] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 58.
[298] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 58.

una metodología para la inspección de los huertos que aborde cuestiones tales como la visibilidad de los síntomas en las copas de los árboles, el tiempo de inspección necesario y el número de árboles que debe inspeccionarse para alcanzar el nivel de eficacia, y la formación y certificación de inspectores.[299] Australia aduce que, considerada aisladamente, esa prescripción no tendría sentido y sería ineficaz para lograr cualquier protección contra el riesgo, y que sólo tiene sentido como medida accesoria de la medida principal que exige que las manzanas procedan de zonas que estén libres de síntomas de la niebla del peral y del manzano.

181. No consideramos que en el texto del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF* haya nada que apoye la distinción entre medidas "accesorias" y "principales" que propone Australia. Esa disposición se refiere a "toda medida"; no distingue entre medidas accesorias y medidas principales, ni contempla el concepto de MSF "compuestas" o "reforzadas". Como hemos expuesto *supra*, el Órgano de Apelación ha interpretado la palabra "medida" en sentido amplio, y ha rechazado la idea de que en los procedimientos de solución de diferencias sólo puedan impugnarse determinados tipos de medidas.[300] No hay en el texto del párrafo 1 del Anexo A nada que sugiera una interpretación más restrictiva de la palabra "medida" en el contexto del *Acuerdo MSF*. Además, el Órgano de Apelación ha declarado que las partes -en particular el reclamante- y el grupo especial gozan de cierto margen para definir la medida pertinente.[301] Por otra parte, en la última frase del párrafo 1 del Anexo A se hace referencia a leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos, en general, sin limitar en ningún sentido el alcance de esos instrumentos o exceptuar determinados tipos de medidas. Observamos que Australia no se opone a que el Grupo Especial clasifique como reglamentos, prescripciones o procedimientos las "medidas" identificadas por Nueva Zelandia. De hecho, la propia Australia se refiere a ellas como "[a]ctividades o prescripciones, por ejemplo los procesos o procedimientos administrativos".[302]

182. Por último, Australia aduce que su interpretación de la definición de MSF del párrafo 1 del Anexo A es congruente con la definición de la expresión "medida fitosanitaria" que figura en el *Glosario de términos fitosanitarios* de la NIMF Nº 5[303], y hace suya la distinción que se establece

[299] Véase *supra*, párrafo 125 del presente informe.

[300] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 88.

[301] Véase el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafos 123-127. Sin embargo, tal margen puede estar limitado cuando, como en *CE - Amianto*, la atomización indebida de una medida pueda afectar a la aplicabilidad de las disciplinas pertinentes y/o al contenido de las constataciones del grupo especial. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafos 63-65) Sin embargo, ni Australia alega ni nosotros creemos que ello ocurra en la presente diferencia.

[302] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 58.

[303] Véase *supra*, nota 45 del presente informe.

en el glosario entre "medida fitosanitaria" y "procedimiento fitosanitario".[304] Australia no explica si, ni cómo, considera que esas definiciones son pertinentes a la interpretación del párrafo 1 a) del Anexo A del *Acuerdo MSF*, y se limita a señalar que la interpretación que propone del párrafo 1 a) del Anexo A es congruente con ellas. Recordamos que el Grupo Especial constató que el *Acuerdo MSF* no contiene "esa distinción entre medidas, acciones y procedimientos fitosanitarios".[305] Coincidimos con el Grupo Especial, y consideramos que la respuesta a la pregunta de si las 16 prescripciones de Australia deben clasificarse de medidas o de procedimientos con arreglo a la NIMF Nº 5 no resuelve la cuestión de si esas 16 prescripciones son o no medidas comprendidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

183. Hemos constatado que, en contra de lo que alega Australia, el Grupo Especial evaluó si las 16 medidas en litigio cumplen individualmente las prescripciones del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, y hemos rechazado la distinción entre medidas accesorias y medidas principales que propone Australia. Por lo tanto, no consideramos que haya ningún error en la constatación del Grupo Especial de que las 16 medidas en litigio, tanto conjunta como individualmente, son MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A y están abarcadas por el *Acuerdo MSF*.

C. *Conclusión*

184. Por consiguiente, *confirmamos* la constatación del Grupo Especial, formulada en los párrafos 7.172 y 8.1 b) de su informe, de que las 16 medidas en litigio, tanto en su conjunto como individualmente, son MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

VI. Párrafos 1 y 2 del artículo 5 y párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

185. Nos ocupamos a continuación de la apelación de Australia contra las constataciones del Grupo Especial según las cuales las MSF de Australia en litigio concernientes a la niebla del peral y del manzano y a la ALCM, así como las "medidas generales" vinculadas a esas plagas son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y como consecuencia de ello, también son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. En primer lugar, exponemos brevemente la estructura y el razonamiento del IRA, seguidos de un resumen de las constataciones pertinentes del Grupo Especial. A continuación, se resumen las alegaciones y argumentos formulados en la apelación. Seguidamente analizamos las cuestiones específicas que plantea la apelación de Australia contra las constataciones del Grupo Especial en el marco de los

[304] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 59.
[305] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.182.

párrafos 1 y 2 del artículo 5 y del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Por último, exponemos nuestras conclusiones al respecto.

A. *Estructura del IRA y constataciones del Grupo Especial*

186. El Grupo Especial constató que las MSF de Australia concernientes a la niebla del peral y del manzano y a la ALCM, así como las medidas "generales" vinculadas a esas plagas, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y, como consecuencia de ello, son también incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.[306]

187. El Grupo Especial llegó a esas conclusiones tras haber constatado que en lo que respecta al análisis de la probabilidad de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano y de la ALCM y de las posibles consecuencias asociadas a la entrada, radicación o propagación de esas plagas en Australia, el IRA no constituía una evaluación del riesgo adecuada en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, y que las deficiencias que el Grupo Especial había constatado en el IRA implicaban además que no se habían tenido debidamente en cuenta factores tales como los testimonios científicos existentes, los procesos y métodos de producción pertinentes en Nueva Zelandia y Australia, y la prevalencia real de la niebla del peral y del manzano y de ALCM viables, en contra de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[307]

188. Como se explicó en la sección IV.C de este informe, *supra*, en relación con la niebla del peral y del manzano y la ALCM, el IRA incluía evaluaciones del riesgo de plagas correspondiente a la importación de manzanas maduras libres de desechos, embaladas o seleccionadas y calibradas a granel, procedentes de nueva Zelandia. En el IRA se combinó una evaluación cuantitativa de los factores de entrada (importación, proximidad, exposición), radicación y propagación con una evaluación cualitativa de las posibles consecuencias biológicas y económicas asociadas a la entrada, radicación y propagación de las plagas en cuestión. Se asignaron valores cuantitativos a las probabilidades correspondientes a los diferentes pasos de importación[308] y a los factores de radicación y propagación, y se sumaron y combinaron después esas probabilidades para determinar un valor global correspondiente a la probabilidad anual de entrada, radicación y propagación. Ese valor

[306] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.906 y 8.1 c). Véanse también los párrafos 7.472, 7.510, 7.887 y 7.905.

[307] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.471, 7.886 y 7.904. Con respecto a la ALCM, el Grupo Especial se refirió también al hecho de que el IRA no tuvo debidamente en cuenta condiciones ambientales pertinentes.

[308] Ocho pasos de importación se combinan en 10 hipótesis de importación diferentes que corresponden a la forma en que una manzana puede resultar infectada o infestada durante el proceso de su importación en Australia. (*Supra*, párrafo 138 del presente informe)

cuantitativo global se tradujo en un valor de probabilidad cualitativo, basado en la propia "nomenclatura" del IRA, que se combinó con una evaluación cualitativa de las posibles consecuencias biológicas y económicas[309] en la "matriz de estimación del riesgo" del IRA, para obtener una determinación global del "riesgo en situación sin control".[310]

189. En las distintas etapas cuantitativas de su análisis, el IRA asignó puntuaciones estimadas o rangos de probabilidad sobre la base de los testimonios científicos que examinaba. En las situaciones que, a juicio del equipo encargado del IRA, presentaban incertidumbre científica, se alcanzaron conclusiones y se asignó un valor cuantitativo recurriendo al juicio experto del IRA. Los valores de probabilidad se asignaron con arreglo a modelos de distribución matemáticos. Se utilizaron la distribución Pert y la triangular para asignar los "valores más probables" y se utilizó una distribución uniforme y se asignó el valor medio cuando no había información suficiente para determinar el "valor más probable".

190. Al evaluar las alegaciones formuladas por Nueva Zelandia al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* con respecto a la niebla del peral y del manzano, el Grupo Especial examinó el análisis realizado en el IRA de los siguientes elementos: i) los ocho pasos de importación; ii) la proximidad[311]; iii) la exposición[312]; iv) la radicación; v) la propagación; y vi) las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas, así como vii) determinadas supuestas deficiencias metodológicas del IRA.

191. Con respecto de cuatro de los ocho pasos de importación, el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

> ... las estimaciones del IRA de que *Erwinia amylovora* estará presente siempre en los huertos de origen en Nueva Zelandia (paso de importación 1); que la fruta procedente de huertos infectados o infestados está infectada o infestada por *Erwinia amylovora* (paso de importación 2); que la fruta sana procedente de huertos infectados o infestados se contamina por *Erwinia amylovora* durante la recolección y el transporte hasta el almacén de embalaje (paso de importación 3); y que la fruta sana se contamina por

[309] El IRA asignó valoraciones de la repercusión cualitativas a determinados criterios directos e indirectos pertinentes para establecer las posibles consecuencias biológicas y económicas de la niebla del peral y del manzano y la ALCM. Esas valoraciones de la repercusión se combinaron para determinar el valor global asignado a las posibles consecuencias biológicas y económicas. (*Supra*, párrafo 144 del presente informe)

[310] Véase *supra*, párrafo 147 del presente informe.

[311] La proximidad es la probabilidad de que haya manipuladores y consumidores principales de manzanas (puntos de aprovechamiento) ubicados lo suficientemente cerca de plantas hospedantes vulnerables (grupos de exposición) para que la transferencia de plagas de las manzanas importadas a las plantas hospedantes tenga lugar. (*Supra*, párrafos 137 y 139 del presente informe)

[312] La exposición es la probabilidad de transferencia de una plaga de una manzana infectada a una planta hospedante vulnerable. (*Supra*, párrafos 137 y 140 del presente informe)

> *Erwinia amylovora* durante el tratamiento en almacén de embalaje (paso de importación 5); no están suficientemente respaldadas por los testimonios científicos en los que se basan y, por tanto, no son coherentes ni objetivas.[313]

192. El Grupo Especial observó que en el IRA se calculó la probabilidad global de importación como la suma de las probabilidades asociadas a las 10 diferentes hipótesis de importación y no se ofreció una justificación o prueba independiente de la probabilidad global de importación. A la luz de esas constataciones, el Grupo Especial planteó la cuestión de si esa metodología era en sí misma deficiente pero no adoptó una decisión al respecto. El Grupo Especial razonó que si, con arreglo a esa metodología, los cálculos de una o varias probabilidades individuales son cuestionables, la cifra global será, necesariamente, cuestionable.[314] Dado que el Grupo Especial había constatado que algunas de las probabilidades individuales eran erróneas, determinó que el cálculo del IRA de la probabilidad global de importación no se basaba en testimonios científicos adecuados y, por tanto, no era coherente ni objetivo.[315]

193. Con respecto a la niebla del peral y del manzano, el Grupo Especial también constató que una parte significativa del análisis del IRA sobre la exposición, la radicación y la propagación se basaba en varias suposiciones y calificaciones que no eran convincentes, lo cual suscitaba dudas razonables sobre la evaluación realizada por el evaluador del riesgo.[316] Y concluyó, por consiguiente, que el razonamiento expuesto en el IRA relativo a la probabilidad de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano, incluido el cálculo por el IRA de los valores de las probabilidades respectivas, no se basaba en testimonios científicos adecuados y, por tanto, no era coherente ni objetivo.[317]

194. En relación con las posibles consecuencias biológicas y económicas asociadas a la niebla del peral y del manzano, el Grupo Especial analizó ciertos testimonios de los expertos designados por él, concernientes entre otras cosas a la imposibilidad de predecir las consecuencias económicas de la introducción de la niebla del peral y del manzano en una zona nueva y la tendencia del IRA a sobrevalorar en ciertos aspectos la gravedad de las consecuencias de la niebla del peral y del manzano y constató en consecuencia que la evaluación del IRA de las posibles consecuencias asociadas a la

[313] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.447.
[314] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.355.
[315] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.447.
[316] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.448.
[317] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.448.

entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano en Australia no se basaba en testimonios científicos adecuados y, por consiguiente, no era ni coherente ni objetiva.[318]

195. Por todo ello, el Grupo Especial constató que, en lo que respecta a su análisis del riesgo en relación con la niebla del peral y del manzano, el "IRA ... no es una evaluación del riesgo correcta conforme a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo MSF".[319] Constató también que el IRA contenía determinadas *deficiencias metodológicas* que exageraban el riesgo evaluado y que, debido también a esas deficiencias, no era una evaluación del riesgo correcta en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[320] En consecuencia, el Grupo Especial constató que las prescripciones de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano sobre las manzanas de Nueva Zelandia eran incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.[321]

196. Con respecto a la ALCM, el Grupo Especial, al evaluar las alegaciones formuladas por Nueva Zelandia al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, examinó el análisis realizado en el IRA de los siguientes aspectos: i) la viabilidad de los capullos de la ALCM; ii) el efecto del parasitismo en la viabilidad de los capullos de la ALCM; iii) el alcance del vuelo de la ALCM; iv) el período de emergencia de la ALCM; v) las condiciones climáticas para la propagación de la ALCM en Australia; y vi) la modalidad de comercio. El Grupo Especial constató que el razonamiento del IRA no era objetivo y coherente respecto de varios de esos factores, que podrían tener repercusiones importantes en la evaluación de este riesgo en particular, en concreto los siguientes: la viabilidad de la ALCM en los capullos con crisálida; los efectos del parasitismo en la ocupación de los capullos; el hecho de que hay menos posibilidades de apareamiento de la ALCM porque el período de emergencia de los adultos es largo en relación con su corta vida; las condiciones climáticas para la radicación y propagación de la ALCM en Australia; y la modalidad probable de comercio.[322] El Grupo Especial constató que el efecto acumulado de no haber tenido en cuenta esos factores en el IRA era suficiente para crear dudas razonables acerca de la evaluación del riesgo en lo que respecta a la evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de la ALCM. En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que, debido a esas deficiencias, no se podía considerar que el análisis del IRA a este respecto fuera coherente o tuviera el respaldo de testimonios científicos suficientes, por lo que carecía de justificación objetiva.[323]

---

[318] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.470.
[319] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.471.
[320] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.510.
[321] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.472 y 7.510.
[322] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.870.
[323] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.871.

197. El Grupo Especial constató que en el IRA había una tendencia a sobreestimar la gravedad de las consecuencias de la ALCM en ciertos aspectos y que en él no se había tenido en cuenta de manera adecuada la existencia de condiciones climáticas necesarias para la radicación y propagación de la ALCM en Australia y concluyó, en consecuencia, que la evaluación que se hacía en el IRA de las posibles consecuencias asociadas a la entrada, la radicación o la propagación de la ALCM en Australia no se basaba en testimonios científicos apropiados, por lo que no era coherente y objetiva.[324]

198. Por todo ello, el Grupo Especial constató que, con respecto a su análisis del riesgo en relación con la ALCM, el IRA no constituye una evaluación del riesgo adecuada en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*[325], y constató también que, por consiguiente, las prescripciones de Australia en materia de inspección y tratamiento de las manzanas neozelandesas con respecto a la ALCM eran incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.[326]

199. Con respecto a las medidas generales, el Grupo Especial constató también que el IRA no era una evaluación adecuada del riesgo "[t]omando en consideración la vinculación existente entre las medidas 'generales' ... y las prescripciones específicas relativas a la niebla del peral y del manzano ... y la ALCM, así como la falta de toda justificación separada de estas medidas 'generales' en el IRA ...".[327] En consecuencia, el Grupo Especial constató que esas medidas eran también incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y, por consiguiente, con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.[328]

B. *Alegaciones de error y argumentos formulados en apelación*

200. En apelación, Australia aduce que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y aplicó incorrectamente el criterio establecido por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* para el examen por un grupo especial de una evaluación del riesgo en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

201. Australia alega que el Grupo Especial incurrió en error en su examen del IRA tanto en lo que concierne a la niebla del peral y del manzano como a la ALCM, porque aplicó incorrectamente los

[324] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.885.
[325] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.886.
[326] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.887.
[327] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.904.
[328] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.905.

criterios de "suficiencia" científica[329] y de "objetividad y coherencia".[330] Según Australia, el Grupo Especial, respecto de las conclusiones intermedias del IRA debía haberse preguntado únicamente si éstas estaban "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica".[331] Australia añade que el criterio de objetividad y coherencia establecido en el párrafo 591 de los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá Mantenimiento de la suspensión* sólo es aplicable "a la conclusión concreta a que llegó en última instancia" el Miembro que evalúa el riesgo.[332] Alegó además que el Grupo Especial exigió indebidamente que el IRA contuviera una explicación de la forma en que el equipo encargado del IRA había llegado precisamente a los juicios expertos que formuló en etapas intermedias del IRA[333] y no evaluó la importancia de las deficiencias que había constatado en determinados juicios expertos formulados en el IRA.[334] Australia alega que esos errores jurídicos menoscaban el análisis que hace el Grupo Especial de determinados pasos de importación y de la exposición, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano y de la ALCM, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas de esas plagas.[335] En la audiencia, Australia confirmó que su apelación contra las constataciones del Grupo Especial sobre las medidas generales estaba condicionada a su apelación contra las medidas específicas contra las plagas y que debíamos pronunciarnos con respecto a las primeras en el mismo sentido en que nos pronunciáramos con respecto a las segundas.

202. Nueva Zelandia responde que las dos principales afirmaciones de Australia, a saber, que el criterio de objetividad y coherencia establecido en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* debe aplicarse únicamente a las "conclusiones a que se llegó en última instancia", y que un grupo especial sólo debe examinar si los juicios de expertos están "dentro de un rango que pueda considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica", están "destinados a evitar que el IRA sea objeto de un verdadero examen".[336] Nueva Zelandia aduce que los criterios identificados en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* -a saber, que en una evaluación del riesgo el razonamiento sea "objetivo y coherente" y que "las conclusiones extraídas encuentr[e]n suficiente respaldo en los testimonios científicos"- son igualmente aplicables a los razonamientos y conclusiones que están basados en parte en la utilización del juicio de expertos.[337] Nueva Zelandia niega también que, como afirma Australia, el Grupo Especial impusiera una

[329] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 92.
[330] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 93 y 103.
[331] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 95.
[332] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 76 y 77.
[333] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 96 y 97.
[334] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 84-90 y 122.
[335] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 100-123.
[336] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafos 2.39 y 2.40 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 76 y 77).
[337] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafos 2.44 y 2.45.

obligación de explicación indebidamente gravosa en relación con la utilización del juicio de expertos en el IRA y no evaluara la importancia de las deficiencias de ese informe. A juicio de Nueva Zelandia, esas afirmaciones están "basadas en una interpretación errónea del informe del Grupo Especial".[338]

203. Antes de analizar las alegaciones de Australia según las cuales el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, examinaremos el significado y el contenido de las obligaciones que se establecen en esas disposiciones.

C. *La evaluación del IRA por el Grupo Especial*

1. Párrafos 1 y 2 del artículo 5 y párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

204. El párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* exige que las medidas sanitarias o fitosanitarias estén basadas en una "evaluación del riesgo". En él se dispone lo siguiente:

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

205. La "evaluación del riesgo" de plagas se define en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* de la siguiente forma:

> [e]valuación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; ...

206. El párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* contiene la siguiente lista de factores que han de tenerse en cuenta en una evaluación del riesgo:

> Al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta: los testimonios científicos existentes; los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba; la prevalencia de enfermedades o plagas concretas; la existencia de zonas libres de plagas o enfermedades;

[338] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.40.

> las condiciones ecológicas y ambientales pertinentes; y los regímenes de cuarentena y otros.

207. La ciencia juega un papel fundamental en la evaluación del riesgo y, por ello, una evaluación del riesgo es "un proceso caracterizado por una investigación y análisis sistemáticos, disciplinados y objetivos, es decir, un modo de estudiar y clasificar hechos y opiniones".[339] Además, la lista de factores que los Miembros deben tener en cuenta en una evaluación del riesgo que se da en el párrafo 2 del artículo 5 no es una "lista cerrada"[340], y no excluye *a priori* factores que no son susceptibles de análisis cuantitativo realizados con métodos de laboratorio empíricos o experimentales generalmente utilizados en las ciencias físicas.

208. Por lo tanto, el párrafo 2 del artículo 5 exige que el evaluador del riesgo tenga en cuenta los testimonios científicos existentes y otros factores. Para determinar si el evaluador del riesgo ha tenido en cuenta los testimonios científicos existentes de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y si su evaluación del riesgo es una evaluación del riesgo adecuada en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A, es necesario analizar la relación entre las conclusiones del evaluador del riesgo y los testimonios científicos existentes pertinentes.

209. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación aclaró que el párrafo 1 del artículo 5 constituye "una aplicación específica de las obligaciones básicas contenidas en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*" y que "el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5 se deben leer constantemente juntos".[341] El párrafo 2 del artículo 2 atiende fundamentalmente a la necesidad de que una MSF esté basada en principios científicos y en testimonios científicos suficientes. En él se dispone lo siguiente:

> Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.

210. Observamos que el Órgano de Apelación, en las decisiones que ha adoptado en el marco del párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, ha identificado la función que

---

[339] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 527 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187).

[340] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187.

[341] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 180. El Órgano de Apelación aclaró también que "[e]l requisito de que una medida sanitaria o fitosanitaria 'se base' en una evaluación del riesgo es un requisito sustantivo de que exista una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo". (*Ibid.*, párrafo 193)

corresponde a un grupo especial que evalúe el cumplimiento de esas disposiciones como una averiguación de si hay una "relación racional u objetiva" entre las MSF y los testimonios científicos, y entre las MSF y la evaluación del riesgo.[342]

211. En los procedimientos en el marco del *Acuerdo MSF* la norma de examen "debe reflejar el equilibrio que establece ese Acuerdo entre la competencia jurisdiccional conferida por los Miembros a la OMC y la competencia jurisdiccional que los Miembros se han reservado para ellos".[343] La norma de examen aplicable se establece en el artículo 11 del ESD, que, en su parte pertinente, establece lo siguiente:

> [Cada] grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos ... .

212. En *CE - Hormonas* el Órgano de Apelación aclaró que esta norma de examen exige al grupo especial que examine una evaluación del riesgo prevista en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* que no realice un examen *de novo* ni otorgue tampoco una "deferencia total" a la evaluación del riesgo que examina.[344]

213. En *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* el Órgano de Apelación aclaró otros aspectos de la norma de examen aplicable a un grupo especial que examine la conformidad de una medida con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Declaró que, con arreglo a esa disposición, la tarea del grupo especial consiste en examinar una evaluación del riesgo realizada por un Miembro de la OMC, y no en sustituir el juicio del evaluador del riesgo por su propio juicio científico. Por lo tanto, un grupo especial no debe determinar si la evaluación del riesgo es correcta, sino que debe "determinar si se basa en un razonamiento coherente y en unos testimonios científicos respetables y si, en este sentido, se puede justificar objetivamente".[345]

214. Más concretamente, en el párrafo 591 de sus informes en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación declaró, con respecto al fundamento científico de una MSF, que un grupo especial debe comprobar si "proviene de una fuente respetada y

---

[342] En *Japón - Productos agrícolas II* el Órgano de Apelación declaró que "la obligación dimanada del párrafo 2 del artículo 2 de que no se mantenga una MSF sin testimonios científicos suficientes exige que exista una relación racional u objetiva entre la MSF y los testimonios científicos". (Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 84) Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafos 162 y 163.

[343] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 115.

[344] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 117.

[345] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 590.

competente" y tiene "el rigor científico y metodológico necesario para que se considere información científica digna de crédito". El Órgano de Apelación explicó que, "aunque no es necesario que la comunidad científica en general considere correctas las opiniones, esas opiniones deben ser consideradas legítimamente científicas con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate". Con respecto al evaluador del riesgo, el Órgano de Apelación señaló lo siguiente en el mismo párrafo de *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*:

> [l]os grupos especiales también deben evaluar si el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente. En otras palabras, los grupos especiales deben examinar si las conclusiones concretas extraídas por el Miembro que evalúa el riesgo encuentran suficiente respaldo en los testimonios científicos en los que se han basado.

215. Por tanto, en su análisis de la norma de examen que debe aplicar un grupo especial que examine una evaluación del riesgo en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Órgano de Apelación identificó dos aspectos del examen de una evaluación del riesgo por el grupo especial, a saber, el análisis detallado del fundamento científico y el análisis detallado del razonamiento del evaluador del riesgo basado en ese fundamento científico. En relación con el primero, el Órgano de Apelación estimó que la función del grupo especial consiste únicamente en examinar si el fundamento científico debe ser considerado "legítimamente científic[o] con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate". El Órgano de Apelación entendió que el segundo aspecto del examen por el grupo especial requiere analizar si el razonamiento del evaluador del riesgo es objetivo y coherente, es decir, si las conclusiones encuentran suficiente respaldo en los testimonios científicos en que se han basado. Una vez hecho esto, el grupo especial debe determinar si los resultados de la evaluación del riesgo "notific[a]n suficientemente" las MSF impugnadas.[346] Consideramos que este razonamiento del Órgano de Apelación es congruente con la prescripción general formulada en el párrafo 2 del artículo 2 y que se refleja en los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, conforme a las cuales debe haber una "relación racional u objetiva" entre las MSF y los testimonios científicos.

216. A la luz de lo anterior, examinaremos a continuación las alegaciones de Australia de que el Grupo Especial: i) interpretó y aplicó erróneamente la norma de examen aplicable a su examen del IRA en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; ii) incurrió en error en su evaluación de la utilización del juicio experto del IRA; y iii) no evaluó la importancia de las deficiencias que había constatado en el razonamiento del IRA.

---

[346] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 193).

2. Norma de examen utilizada por el Grupo Especial en su examen del IRA de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

217. Australia alega que al constatar que las conclusiones intermedias del IRA no estaban respaldadas por testimonios científicos suficientes o adecuados y por tanto no eran objetivas y coherentes, el Grupo Especial aplicó incorrectamente la norma de examen establecida por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*.[347] Aduce que la norma de examen aplicable a los juicios intermedios de los expertos formulados en el IRA ante la situación de incertidumbre científica "no tiene por qué ser diferente de la norma reconocida en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* ... como la exigida a los propios testimonios científicos: una y otra tienen simplemente que estar dentro de un rango que pueda considerarse 'legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica'".[348] Australia sostiene además que el criterio de objetividad y coherencia no se refiere a la calidad del razonamiento *per se*, sino a la de la "conclusión concreta a que se llegó en última instancia".[349]

218. Nueva Zelandia responde que la afirmación de Australia de que los grupos especiales deben evaluar si una conclusión intermedia de una evaluación del riesgo está dentro de un rango que pueda considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica, establecería para los grupos especiales que examinasen una evaluación del riesgo un umbral más bajo que el expuesto por el Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, y que ese umbral más bajo eliminaría la necesidad de evaluar la relación entre los testimonios científicos y las conclusiones alcanzadas en una evaluación del riesgo.[350]

219. Observamos en primer lugar que, en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación no estableció una serie de etapas que hayan de seguir automáticamente los grupos especiales al examinar una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, sino que sugirió una vía para que los grupos especiales comprueben si una evaluación del riesgo es compatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, cuyo eje es la idea de que la evaluación del riesgo debe examinarse a la luz de los testimonios científicos en los que se basa. A este respecto, los informes en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* confirman la interpretación expuesta por el Órgano de Apelación en sus decisiones anteriores en el marco del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* -que los grupos especiales deben comprobar que hay una "relación racional u objetiva" entre las MSF y la evaluación

[347] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 92 y 93.
[348] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 77.
[349] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 76 y 77. Véase también el párrafo 103.
[350] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafos 2.61 y 2.62.

del riesgo, por un lado, y los testimonios científicos, por otro- y facilita orientaciones prácticas sobre la forma de hacerlo.[351]

220. Como ya hemos indicado, en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* el Órgano de Apelación identificó dos aspectos de los exámenes de la evaluación del riesgo que hacen los grupos especiales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*: i) la determinación de que el fundamento científico de la evaluación del riesgo proviene de una fuente competente y respetada y, por tanto, puede considerarse una "opinión científica legítima" con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate; y ii) la determinación de que el razonamiento del evaluador del riesgo es objetivo y coherente y que, por tanto, sus conclusiones tienen un respaldo suficiente en el fundamento científico correspondiente. Los grupos especiales deben determinar en primer lugar si el fundamento científico en el que se ha basado el evaluador del riesgo es "legítimo" antes de examinar si el razonamiento y las conclusiones del evaluador del riesgo que se basan en dicho fundamento científico son objetivos y coherentes.

221. Observamos que el primer aspecto, el examen por el grupo especial del fundamento científico de la evaluación del riesgo, puede ser especialmente pertinente en los casos en los que el Miembro importador se base en opiniones científicas minoritarias al realizar la evaluación del riesgo. En tales casos, la cuestión de si puede considerarse que se ha basado en una opinión científica "legítima" que proviene de fuentes competentes y respetadas con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate puede cobrar mayor importancia. En la presente apelación no se nos ha solicitado que determinemos si el Grupo Especial evaluó adecuadamente el fundamento científico correspondiente que utilizó el IRA en apoyo de su razonamiento y sus conclusiones sobre los riesgos de la niebla del peral y del manzano y la ALCM.

222. En lo que se refiere al segundo aspecto, el Grupo Especial constató en varias ocasiones que las conclusiones del IRA no eran objetivas y coherentes, ya que exageraban o sobrevaloraban determinados riesgos y consecuencias y no tenían suficiente respaldo en los testimonios científicos en los que se basaban. A este respecto, el planteamiento del Grupo Especial al examinar el razonamiento y las conclusiones del IRA es compatible con los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, así como con sus decisiones anteriores, conforme a las cuales los grupos especiales deben comprobar la existencia de una relación racional u

[351] Véanse el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 193; el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 84; y el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 162.

objetiva entre las MSF y la evaluación del riesgo, por un lado, y los testimonios científicos, por otro.[352]

223. Por consiguiente, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error al examinar si el razonamiento y las conclusiones intermedias del IRA eran objetivos y coherentes, es decir, si las conclusiones tenían suficiente respaldo en los testimonios científicos en los que se basaban. No aceptamos la afirmación de Australia de que el análisis del Grupo Especial debería haberse limitado simplemente al examen de si las conclusiones intermedias alcanzadas en el IRA estaban "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica".

224. A nuestro juicio, al argumentar que la labor del Grupo Especial en lo que respecta al examen de las conclusiones intermedias del IRA se limita a asegurarse de que tales conclusiones "estén dentro de un rango que pueda considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica", Australia da a entender que los grupos especiales deben evaluar del mismo modo el razonamiento y las conclusiones alcanzadas por el evaluador del riesgo y los testimonios científicos en los que se basan. Sin embargo, observamos que debe establecerse una distinción entre los testimonios científicos en los que se ha basado el evaluador del riesgo, por un lado, y, el razonamiento utilizado y las conclusiones alcanzadas por éste sobre la base de esos testimonios científicos, por otro. En la presente diferencia, los trabajos científicos y técnicos sobre la niebla del peral y del manzano y la ALCM y sobre el análisis del riesgo examinados en el IRA pertenecen a la primera categoría. En cambio, el razonamiento del IRA, las conclusiones intermedias sobre los diversos pasos y factores y sus conclusiones generales pertenecen a la segunda, incluso en los casos en los que el IRA recurrió al juicio experto ante la supuesta incertidumbre científica. Como señalaremos *infra*, cuando la utilización del juicio de los expertos forma parte integrante del análisis del evaluador del riesgo, el grupo especial debe someterla al mismo tipo de escrutinio que a todos los demás razonamientos y conclusiones del análisis del riesgo.

225. En *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación consideró que la manera de examinar los testimonios científicos correspondientes difiere de la manera de examinar el razonamiento del evaluador del riesgo, ya que los grupos especiales no están capacitados para realizar ellos mismos evaluaciones e investigaciones científicas[353], y su juicio no debe sustituir al juicio del evaluador del riesgo.[354] No obstante, es necesario que los grupos especiales

[352] Véanse el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 193; el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 84; y el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 162.

[353] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 117.

[354] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 590.

puedan examinar si las conclusiones del evaluador del riesgo se basan en los testimonios científicos utilizados y, por tanto, son objetivas y coherentes. La existencia o no de la relación racional u objetiva necesaria sólo puede determinarse examinando cómo se han utilizado los testimonios científicos y cómo han servido de base para llegar a conclusiones concretas. En este sentido, el razonamiento empleado por el evaluador del riesgo tiene un papel importante para ver si existe o no esa relación.

226. En cuanto a la distinción que establece Australia entre conclusiones "intermedias" del IRA y conclusiones "a que se llegó en última instancia" en él, observamos que en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación no hizo tal distinción, sino que exigió examinar si el propio razonamiento es "objetivo y coherente" de modo que se pueda determinar si las "*conclusiones concretas* extraídas por el Miembro que evalúa el riesgo encuentran suficiente respaldo en los testimonios científicos en los que se han basado".[355] El Órgano de Apelación no limitó este criterio a las *conclusiones definitivas* alcanzadas por el evaluador del riesgo. A este respecto, observamos que no es posible examinar las conclusiones definitivas alcanzadas por el evaluador del riesgo independientemente del razonamiento y las conclusiones intermedias que llevaron a ellas. Los grupos especiales necesitan comprender cómo se alcanzaron determinadas conclusiones, y la relación de esas conclusiones con el fundamento científico correspondiente, para poder determinar si existen las relaciones objetivas y racionales necesarias entre la opinión científica, la evaluación del riesgo y las MSF resultantes.

227. Es el razonamiento del evaluador del riesgo el que hace posible entender si la evaluación del riesgo se basa en los testimonios científicos y si, a su vez, las MSF propuestas se basan en los testimonios científicos y en la evaluación del riesgo. Así lo reconocen también las NIMF de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria ("CIPF"). En particular, la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11 especifican que todo el proceso de análisis del riesgo, incluida la evaluación del riesgo, debe documentarse suficientemente "de modo que cuando se plantee un examen o surja una controversia puedan demostrarse claramente las fuentes de la información y los principios utilizados para adoptar la decisión sobre el manejo del riesgo".[356]

228. Asimismo, señalamos que, en este caso, el razonamiento del IRA se estructura sobre la base de hipótesis y pasos de importación, así como de factores de radicación y propagación, que se suman

---

[355] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591. (sin cursivas en el original)

[356] NIMF Nº 11, *supra*, nota 195 del presente informe, Sección 4.1; véase también la NIMF Nº 2, *supra*, nota 195 del presente informe, Sección 3.3.2. La NIMF Nº 11 y la NIMF Nº 2 establecen el marco general para la realización de una evaluación del riesgo de plagas. (Informe del Grupo Especial, párrafos 2.69 y 2.71)

y combinan para obtener una probabilidad global de entrada, radicación y propagación. Para la evaluación cualitativa de las posibles consecuencias biológicas y económicas se utiliza una estructura similar. Sin embargo, no se desarrolla un razonamiento separado para las conclusiones definitivas del IRA. Según Australia, las conclusiones pertinentes son las conclusiones sobre la evaluación del riesgo que figuran en las secciones y cuadros del IRA relativos al "riesgo en situación sin control" y el "riesgo en situación con control" de niebla del peral y del manzano y ALCM.[357] El análisis del IRA que hace el Grupo Especial sigue la propia estructura de ese informe, por lo que comprende un examen de los pasos y los factores, así como de la metodología mediante la cual se suman y combinan. De esa forma, el Grupo Especial se atuvo a la norma de examen aplicable a los exámenes de la evaluación del riesgo que deben realizar los grupos especiales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, que requiere que los grupos especiales examinen las conclusiones del evaluador del riesgo, no que realicen su propia evaluación del riesgo.

229. En estas circunstancias, si se impidiera al Grupo Especial evaluar la objetividad y coherencia de las conclusiones intermedias y el razonamiento del IRA, éste carecería prácticamente de base para evaluar la compatibilidad del IRA con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Por consiguiente, el Grupo Especial obró acertadamente al evaluar si las conclusiones intermedias del IRA sobre los pasos intermedios y los factores eran objetivas y coherentes, habida cuenta de que el IRA analizó y explicó la relación entre los testimonios científicos y sus conclusiones precisamente en las etapas intermedias.

230. Teniendo en cuenta lo anterior, no nos parece que el Grupo Especial incurriese en error en su examen del IRA con arreglo a la norma de examen aplicable. En particular, consideramos que el Grupo Especial examinó acertadamente si las conclusiones intermedias a que llegó el IRA sobre la probabilidad de importación, la probabilidad de entrada, radicación y propagación y las posibles consecuencias biológicas y económicas de la niebla del peral y del manzano y la ALCM tenían suficiente respaldo en los testimonios científicos y, por tanto, eran objetivas y coherentes.

231. Por las razones expuestas *supra*, rechazamos la alegación de Australia de que el Grupo Especial incurrió en error al examinar si las conclusiones del IRA respecto de la niebla del peral y del manzano en relación con los pasos de importación 1, 2, 3, 5 y 7, la exposición, la radicación, y la propagación, así como con las posibles consecuencias biológicas y económicas, eran objetivas y coherentes, y si la metodología del IRA era objetiva y coherente, en vez de plantear si esas

[357] Respuesta de Australia a las preguntas del Órgano de Apelación en la audiencia (donde se hace referencia al IRA, Parte B, cuadro 23, página 104 (riesgo en situación sin control de niebla del peral y del manzano); cuadro 31, página 116 (riesgo en situación con control de niebla del peral y del manzano); cuadro 49, página 187 (riesgo en situación sin control de ALCM); y cuadro 56, página 191 (riesgo en situación con control de ALCM)).

conclusiones "intermedias" estaban "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo" con arreglo a los criterios de la comunidad científica.[358] Por las mismas razones, rechazamos igualmente la alegación de Australia de que el Grupo Especial incurrió en error al examinar si las conclusiones del IRA respecto de la ALCM en relación con la importación, radicación, propagación y las posibles consecuencias biológicas y económicas eran objetivas y coherentes en vez de si estaban "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo" con arreglo a los criterios de la comunidad científica.[359]

3. Evaluación por el Grupo Especial de la utilización del juicio experto del IRA

232. Australia apela también contra la evaluación que hace el Grupo Especial de la utilización del juicio experto del IRA para llegar a conclusiones sobre varios pasos intermedios y factores en la evaluación del riesgo. A este respecto, recordamos que el equipo encargado del IRA aplicó el juicio experto en situaciones en las que determinó que había incertidumbre científica.[360] Australia explicó al Grupo Especial que se recurrió a ese juicio experto del IRA "cuando ha[bía] pocos testimonios o cuando el proceso biológico subyacente está sujeto a una gran variabilidad natural".[361]

233. El Grupo Especial expresó varias preocupaciones en relación con la utilización del juicio experto del IRA a lo largo de todo ese informe para estimar la probabilidad de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano. El Grupo Especial constató que en el IRA se proporciona poca información sobre el modo en que el amplio examen y análisis de distintos factores asociados con la entrada, radicación y propagación se traduce después en estimaciones cuantitativas.[362] Asimismo señaló que, aunque "el dictamen de expertos puede ser una herramienta importante para el evaluador del riesgo, no sustituye a los datos científicos, sobre todo para fines de cálculo de la probabilidad de entrada, radicación y propagación de una plaga".[363] Según el Grupo Especial, Australia estaba obligada a demostrar, lo que no hizo, que la utilización del juicio experto

---

[358] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 103, 105, 107 y 113. Véanse también los párrafos 13, 77, 78, 93 y 95.

[359] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 118 y 122. Véanse también los párrafos 13, 77, 78, 93 y 95.

[360] Australia confirmó en la audiencia que el juicio de los expertos recogido en el IRA fue formulado colectivamente por los seis miembros del equipo encargado del IRA. Por ejemplo, en relación con la proximidad de la ALCM, el IRA declara explícitamente que "[l]as probabilidades estimadas se determinaron mediante el juicio de los expertos, teniendo en cuenta las observaciones de las partes interesadas pertinentes". (Véase el IRA, Parte B, página 167) En otras varias ocasiones en relación con la niebla del peral y del manzano y la ALCM, el IRA llegó a conclusiones basándose en el juicio experto del IRA, aunque no se refirió explícitamente al "juicio de los expertos".

[361] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.438 (donde se cita la respuesta de Australia a la pregunta 30 del Grupo Especial después de su primera reunión). Véanse también los párrafos 7.433 y 7.746; y el IRA, Parte B, página 167.

[362] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.432.

[363] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.440.

del IRA estaba documentada, era transparente y se basaba en la información científica fiable y pertinente, aunque esa información fuese limitada.[364]

234. Australia alega que la expresión "adecuada a las circunstancias" del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* permite cierta flexibilidad en cuanto a la forma de realizar la evaluación del riesgo cuando los testimonios científicos existentes son escasos.[365] Aduce además que el Grupo Especial incurrió en error al exigir que el IRA explicase exactamente cómo se llegó al juicio experto del IRA en las etapas intermedias del IRA. A juicio de Australia, el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* no establece una obligación de esa naturaleza.[366]

235. Nueva Zelandia responde que la expresión "adecuada a las circunstancias" del párrafo 1 del artículo 5 proporciona cierta flexibilidad en lo que se refiere a la naturaleza de la evaluación del riesgo, pero no permite apartarse de las obligaciones sustantivas establecidas en el párrafo 1 del artículo 5. Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial no exigió a Australia que explicara cómo se llegó a cada juicio de expertos, sino que el Grupo Especial rechazó correctamente la idea de que el mero recurso al juicio de expertos obliga a los grupos especiales a hacer caso omiso de los criterios formulados en el asunto *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* y a confirmar las conclusiones alcanzadas mediante ese juicio.[367]

236. Ya hemos indicado que el hecho de que el evaluador del riesgo alcance determinadas conclusiones sobre la base del juicio de sus expertos, una vez que se ha determinado que hay cierto grado de incertidumbre científica, no impide a los grupos especiales evaluar si las conclusiones de que se trata son objetivas y coherentes y están suficientemente respaldadas por los testimonios científicos existentes. También hemos subrayado la diferencia entre los testimonios científicos correspondientes, de un lado, y, el razonamiento y las conclusiones del evaluador del riesgo basados en esos testimonios científicos y, en caso necesario, en el juicio de los expertos, de otro. En el presente caso, como ya hemos señalado, lo que Australia denomina juicio de los expertos forma parte integrante del razonamiento del evaluador del riesgo y, por tanto, el Grupo Especial debería haberlo sometido al mismo examen que las demás partes del IRA.

237. En relación con la alegación de Australia de que, en el trato que dio al juicio experto del IRA, el Grupo Especial privó de sentido a la expresión "adecuada a las circunstancias" del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, observamos que, en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación constató que, aunque esa expresión indica que hay que tener en

[364] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.440 y 7.811.
[365] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 73.
[366] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 97.
[367] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.73.

cuenta las dificultades metodológicas, ello no exime al evaluador del riesgo de realizar la evaluación de manera adecuada.[368] Recordamos asimismo que, en *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación declaró que la existencia de "elementos desconocidos e inseguros" no exime al evaluador del riesgo de cumplir las prescripciones establecidas en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[369]

238. Observamos que si un Miembro decide basar MSF en una evaluación del riesgo, debe haber determinado previamente que los testimonios científicos pertinentes son suficientes para realizar una evaluación del riesgo. Si, por el contrario, el Miembro considera que el fundamento científico es insuficiente para realizar una evaluación del riesgo, puede decantarse por adoptar MSF provisionales basándose en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

239. A este respecto, recordamos que en *Japón - Manzanas*, el Órgano de Apelación declaró que los testimonios científicos pertinentes serán "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 "si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*".[370] En *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación añadió que "si los testimonios científicos pertinentes son suficientes para realizar una evaluación del riesgo, conforme a la definición del Anexo A del *Acuerdo MSF*, un Miembro de la OMC sólo puede adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria si 'se basa' en una evaluación del riesgo conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 y esa medida sanitaria o fitosanitaria también está sujeta a las obligaciones del párrafo 2 del artículo 2".[371]

240. Por consiguiente, si los testimonios científicos pertinentes son suficientes para realizar una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el evaluador del riesgo debe basarse en los testimonios científicos existentes, aunque se enfrente a cierto grado de incertidumbre científica y decida, como hizo Australia en el IRA, que debe utilizar el juicio de los expertos como parte de su evaluación del riesgo pertinente. En este caso, entendemos que el Grupo Especial ha aceptado que Australia podía recurrir al juicio de los expertos en caso de incertidumbre científica. Sin embargo, el Grupo Especial cuestionó el reiterado uso que se hace en el IRA del juicio

[368] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 562. El Grupo Especial en *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* constató asimismo que, aunque la expresión "adecuada a las circunstancias" del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* permite cierta flexibilidad en lo que se refiere a la forma de realizar la evaluación del riesgo, no exime a los Miembros de las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. (Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.3053)

[369] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 130.

[370] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 179.

[371] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 674.

de los expertos en situaciones en las que había testimonios científicos, así como el hecho de que el IRA no se basase en esos testimonios científicos disponibles y que no explicase por qué había utilizado ese enfoque.

241. Del hecho de que Australia realizase una evaluación del riesgo y basase sus MSF en ella se desprende que consideró que los testimonios científicos pertinentes eran suficientes para realizar una evaluación del riesgo. Así lo pone también de relieve el hecho de que optase por una metodología semicuantitativa para evaluar el riesgo, lo que indica un cierto grado de confianza en los testimonios científicos existentes. Sin embargo, en varias ocasiones, como se señala y analiza en el informe del Grupo Especial[372], el IRA recurrió al juicio experto para calcular la probabilidad cuantitativa de determinados sucesos, incluso en casos en los que había testimonios científicos.[373] Esta utilización del juicio experto del IRA no es objetable en sí misma, pero es preciso fundamentarla y explicarla de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* para que se pueda seguir considerando que la evaluación del riesgo es un proceso científico basado en los "testimonios científicos existentes".

242. Por consiguiente, no consideramos que la expresión "adecuada a las circunstancias" impida a los grupos especiales analizar la coherencia y objetividad de una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en situaciones que presenten cierto grado de incertidumbre científica y en las que el evaluador del riesgo haya llegado a sus conclusiones basándose en el juicio de expertos.

243. Según Australia, la flexibilidad para adaptar metodologías de evaluación del riesgo en función de los testimonios científicos existentes se ve reforzada por la referencia que se hace en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* a las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales de normalización. A este respecto, Australia señala que las técnicas de evaluación del riesgo pertinentes identificadas en la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11 reconocen la necesidad de recurrir a la opinión de los expertos en cada etapa de la evaluación del riesgo en caso de incertidumbre científica.[374] Además, a juicio de Australia, las normas relativas al "carácter documentado" y la "transparencia" que figuran en la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11 exigen únicamente que se indique cuándo se ha recurrido al juicio de expertos y se explique la incertidumbre científica

[372] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.432-7.440.

[373] En su declaración inicial en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes, Australia manifestó que, aunque el IRA "no está basado exclusivamente en el juicio de expertos", "en el informe IRA definitivo determinadas etapas en las vías evaluadas estaban mejor respaldadas por pruebas que otras" y que "[e]n esos últimos casos se utilizó el juicio de expertos". (Declaración inicial de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafo 12; véase también el informe del Grupo Especial, párrafo 7.803)

[374] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 74.

que lo ha hecho necesario, pero de ellas no se desprende que sea preciso explicar cómo se ha llegado a un determinado juicio experto.[375]

244. Como hemos indicado *supra*, no debe interpretarse que la expresión "adecuada a las circunstancias" del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* autorice al evaluador del riesgo a apartarse de las prescripciones establecidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 5 o a hacer caso omiso de los testimonios científicos existentes, ni siquiera en los casos en los que se recurra al juicio de los expertos. Un cierto grado de incertidumbre científica no justifica el apartamiento de las prescripciones establecidas en los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y, en particular, de la obligación de tener en cuenta los testimonios científicos existentes al evaluar el riesgo. En general, la documentación y la transparencia al recurrir al juicio de expertos permiten determinar si la evaluación global del riesgo, aun cuando se realice en una situación de cierta incertidumbre científica, se basa en los testimonios científicos existentes y es compatible con el *Acuerdo MSF*.

245. El párrafo 1 del artículo 5 también exige a los Miembros que realicen evaluaciones del riesgo que tengan "en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes". De acuerdo con el párrafo 3 c) del Anexo A del *Acuerdo MSF*, las normas, directrices y recomendaciones internacionales en materia de preservación de los vegetales son las elaboradas bajo los auspicios de la Secretaría de la CIPF en colaboración con las organizaciones regionales que operan en el marco de la CIPF. Entre las funciones de la CIPF está la elaboración de Normas internacionales para medidas fitosanitarias. Las dos NIMF en las que se basa Australia son la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11. La NIMF Nº 2 establece un marco en el que se describe el proceso de análisis del riesgo de plagas. La NIMF Nº 11 fija los detalles de la realización del análisis de riesgo de plagas para determinar si se trata de plagas cuarentenarias y describe los procesos integrados que deben utilizarse para evaluar el riesgo, así como un abanico de opciones de gestión del riesgo.[376]

246. Observamos que, aunque el párrafo 1 del artículo 5 exige al Miembro que realiza una evaluación del riesgo de plagas que tenga en cuenta técnicas de evaluación del riesgo elaboradas a nivel internacional, eso no significa que la evaluación del riesgo haya de basarse en tales técnicas o estar en conformidad con ellas. Tampoco implica que la aplicación de estas técnicas baste por sí sola para demostrar que el Miembro ha cumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del *Acuerdo MSF*. Sin embargo, es conveniente que el evaluador del riesgo haga referencia a dichas

[375] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 97.

[376] Conjuntamente, la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11 proporcionan el marco general para realizar una evaluación del riesgo de plagas. (Véase *supra*, nota 195 del presente informe; y el informe del Grupo Especial, párrafos 2.69 y 2.71)

técnicas en interés, tanto del propio evaluador del riesgo, en caso de que se plantee una diferencia en relación con la evaluación del riesgo, como del grupo especial encargado de examinar la compatibilidad de esa evaluación con las disposiciones del *Acuerdo MSF*.[377]

247. No nos convence el argumento de Australia de que la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11 exigen únicamente que se indique cuándo se ha recurrido al juicio de expertos, y no cómo se ha utilizado. Observamos que tanto la NIMF Nº 2 como la NIMF Nº 11 detallan las prescripciones relativas a la transparencia y el carácter documentado para todo el proceso de evaluación del riesgo, desde el inicio hasta la gestión del riesgo de plagas, sin excluir la utilización del juicio de expertos en situaciones de incertidumbre científica. De una lectura completa de la NIMF Nº 2 y la NIMF Nº 11 se deduce claramente que, además de las secciones sobre la "incertidumbre" que instan a adoptar una actitud transparente y documentar la naturaleza y el grado de la incertidumbre[378], las secciones generales sobre la "documentación" especifican que todo el proceso de análisis del riesgo de plagas debe estar suficientemente documentado.[379]

248. Habida cuenta de lo expuesto *supra*, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error al manifestar que el IRA no documentó suficientemente el uso que se hizo en él del juicio de expertos, y que el IRA debería haber explicado cómo se llegó a los juicios expertos formulados en las etapas intermedias. Asimismo, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error al exigir que el IRA basase sus conclusiones, incluidas las que se alcanzaron recurriendo al juicio de expertos, en los testimonios científicos existentes y que, por consiguiente, el Grupo Especial actuó correctamente al evaluar si el razonamiento del IRA ponía de manifiesto la existencia de una relación objetiva y racional entre las conclusiones alcanzadas y los testimonios científicos.

---

[377] Observamos que en el asunto *Japón - Manzanas* el Grupo Especial constató que, aunque el texto del párrafo 1 del artículo 5 no obliga a que la evaluación del riesgo se "base en" o esté "en conformidad con" técnicas de evaluación del riesgo de organizaciones internacionales, sugiere que "la referencia a esas técnicas de evaluación del riesgo puede ofrecer una orientación muy valiosa sobre si la evaluación del riesgo de que se trata es adecuada en el sentido del párrafo 1 del artículo 5". (Informe del Grupo Especial, *Japón - Manzanas*, párrafo 8.241)

[378] Véase la NIMF Nº 2, *supra*, nota 195 del presente informe, Sección 3.1; y la NIMF Nº 11, *supra*, nota 195 del presente informe, Sección 2.4.

[379] Véase la NIMF Nº 2, *supra*, nota 195 del presente informe, Sección 3.3.2, donde se dice que "el proceso completo desde el inicio hasta el manejo del riesgo de plagas debería quedar lo suficientemente documentado a fin de que las fuentes de la información y el fundamento de las decisiones relativas al manejo puedan demostrarse con claridad"; entre los elementos principales que se han de documentar se incluye el "tipo y grado de incertidumbre y posibles medidas para compensarla". Análogamente, la Sección 4.1 de la NIMF Nº 11, *supra*, nota 195 del presente informe, exige que "[e]l proceso íntegro, desde el inicio hasta el manejo del riesgo de plagas, deberá estar suficientemente documentado, de manera que cuando se plantee un examen o surja una controversia, puedan demostrarse claramente las fuentes de la información y los principios utilizados para adoptar la decisión con respecto al manejo del riesgo".

4. La importancia de las deficiencias que el Grupo Especial constató en el razonamiento del IRA

249. Australia alega que el Grupo Especial incurrió en error al no evaluar la importancia de las deficiencias que constató en las conclusiones intermedias formuladas en el IRA. Basándose en el informe del Grupo Especial en el asunto *Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, sostiene que el Grupo Especial debería haberse preguntado, lo que erróneamente no hizo, si las supuestas deficiencias del razonamiento del IRA revestían "tal gravedad" que no era posible "confiar razonablemente"[380] en la evaluación del riesgo en su conjunto. Nueva Zelandia rechaza el argumento de Australia y aduce que el Grupo Especial se centró en la importancia de las deficiencias que constató en las etapas intermedias del IRA y que evaluó de manera adecuada el efecto acumulativo de esas deficiencias.

250. Observamos en primer lugar que el Grupo Especial encargado del asunto *Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)* no pretendió establecer una norma general sobre cuándo las diversas deficiencias de una evaluación del riesgo viciarán la evaluación del riesgo en su conjunto. En ese asunto el Grupo Especial se limitó a constatar que determinadas deficiencias metodológicas identificadas por el reclamante no revestían tal gravedad que el Grupo Especial no pudiera seguir confiando razonablemente en la evaluación del riesgo[381] y llegó a la conclusión general de que podía confiar razonablemente en la evaluación del riesgo en litigio en esa diferencia basándose en todas las demás pruebas que examinó y en la opinión de los expertos a los que había consultado.

251. Señalamos también que, como ya se ha indicado, el Grupo Especial parece haber seguido las sugerencias que hizo el Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* de examinar si el *razonamiento* formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente y si las *conclusiones concretas* extraídas por el Miembro encuentran suficiente respaldo en los testimonios científicos en los que se han basado.[382] Que un grupo especial adopte o no este enfoque para examinar distintas etapas de una evaluación del riesgo o examine también la justificación general puede depender de la estructura de la evaluación del riesgo de que se trate. Esto es compatible con la norma de examen aplicable a un grupo especial que examina alegaciones basadas

[380] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 90 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 7.57).

[381] Informe del Grupo Especial, *Australia - Salmón (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 7.57.

[382] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 591.

en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, conforme a la cual la tarea del grupo especial consiste en examinar la evaluación del riesgo, no en realizar él mismo dicha evaluación.[383]

252. Con respecto a la niebla del peral y del manzano, el Grupo Especial siguió la estructura del IRA y examinó cada uno de los ocho pasos de importación, así como los factores relativos a la entrada, radicación y propagación de la plaga. El Grupo Especial formuló constataciones específicas sobre los pasos y factores intermedios porque, como indicó en sus conclusiones sobre la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano, no había "justificación y pruebas independientes en el IRA sobre la probabilidad global de importación estimada".[384]

253. El Grupo Especial constató que en el caso de cuatro de los ocho pasos de importación (los pasos 1, 2, 3 y 5), la estimación de la probabilidad de importación de la niebla del peral y del manzano del IRA no estaba suficientemente respaldada por los testimonios científicos en los que se basó y, por consiguiente, no era coherente ni objetiva.[385] En lo que concierne a dos pasos de importación (4 y 6), el Grupo Especial constató que Nueva Zelandia no había acreditado *prima facie* que la estimación de la probabilidad de importación del IRA no fuera coherente y objetiva.[386] Únicamente en lo que respecta a un paso de importación (7) el Grupo Especial constató que la estimación de la probabilidad de importación del IRA parecía ser coherente y objetiva. Sin embargo, el Grupo Especial posteriormente constató que la elección en el IRA de un intervalo de probabilidades de 0 a 10^{-6} para los sucesos con una probabilidad "insignificante" de que se produzcan, que fue el intervalo asignado a ese paso de importación, no era coherente y objetiva.[387] El Grupo Especial constató también que el análisis de la exposición, la radicación y la propagación de la niebla del peral y del manzano realizado por el IRA se apoyó en varias suposiciones y salvedades que suscitaban dudas razonables sobre la evaluación realizada, y que el IRA no había "tomado en consideración de manera adecuada varios factores que podrían [haber] ten[ido] una repercusión notable sobre la evaluación de este riesgo particular".[388]

254. En lo que concierne a las posibles consecuencias biológicas y económicas de la niebla del peral y del manzano, el Grupo Especial constató que el IRA tenía tendencia a sobrevalorar la gravedad de las consecuencias de la niebla del peral y del manzano, en particular respecto de los

[383] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 590.

[384] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.447.

[385] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.259, 7.275, 7.290 y 7.320.

[386] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.306 y 7.331.

[387] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.342. Con respecto al paso de importación 8, Nueva Zelandia no cuestionó la estimación del IRA de que la probabilidad de que *Erwinia amylovora* sobreviva y siga presente en la fruta tras los procedimientos en frontera a la llegada es 1 (del 100 por ciento). (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.347-7.349)

[388] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.448.

criterios relativos a la vida o la salud de las plantas, y la industria o el comercio nacional, a los que se habían asignado las notas más rigurosas, "F" y "E", respectivamente. En consecuencia, el Grupo Especial concluyó que la evaluación de las posibles consecuencias asociadas a la entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano en Australia del IRA no se basaba en testimonios científicos adecuados y, por consiguiente, no era ni coherente ni objetiva.[389]

255. Además, el Grupo Especial constató que el IRA contenía determinadas deficiencias metodológicas que exageraban el riesgo evaluado y que, debido a esas deficiencias, el IRA no era una evaluación del riesgo adecuada en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

256. En cuanto a la ALCM, el Grupo Especial constató que en el análisis del IRA de la probabilidad de entrada, radicación y propagación había deficiencias que eran suficientes para crear dudas razonables sobre la evaluación realizada, y que el IRA "no ha[bía] tomado en consideración de manera adecuada varios factores que podrían [haber] ten[ido] una repercusión notable sobre la evaluación de este riesgo particular".[390] Según el Grupo Especial, el hecho de que el IRA no tuviera en cuenta de manera adecuada la viabilidad de la ALCM, los efectos del parasitismo, el período de emergencia de la ALCM, las condiciones climáticas y la modalidad de comercio era "suficiente para crear dudas razonables acerca de la evaluación del riesgo o la probabilidad de entrada, radicación y propagación de la ALCM".[391]

257. Por lo que respecta a las posibles consecuencias biológicas y económicas de la ALCM, el Grupo Especial constató que el IRA tenía tendencia a sobrevalorar la gravedad de las consecuencias de la ALCM, en particular respecto de los criterios relativos a la vida o salud de las plantas, lucha o erradicación, comercio o industria nacionales y comercio internacional, a los que se les había asignado la puntuación "D" que era la más rigurosa. Constató asimismo que en el análisis del IRA de las posibles consecuencias no se tuvieron en cuenta de manera adecuada las cuestiones del ámbito geográfico y las condiciones climáticas necesarias para la radicación de la ALCM. Por consiguiente, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la evaluación que se hacía en el IRA de las posibles consecuencias asociadas a la entrada, radicación o propagación de la ALCM en Australia no se basó en testimonios científicos apropiados, por lo que no era coherente y objetiva.[392]

258. A nuestro juicio, el análisis del Grupo Especial pone de manifiesto que éste consideró que las deficiencias que constató en el razonamiento del IRA en relación con los pasos de importación y los factores relativos a la entrada, radicación y propagación eran lo suficientemente numerosas y graves

[389] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.469 y 7.470.
[390] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.868.
[391] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.871.
[392] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.883-7.885.

como para hacer que el IRA fuera incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Como hemos explicado *supra*, no consideramos que los grupos especiales estén obligados a establecer si cada deficiencia que constatan en una evaluación del riesgo es, en sí misma, suficientemente grave para socavar la evaluación del riesgo en su totalidad. Un análisis exhaustivo de todos los pasos y factores examinados puede ser suficiente para determinar si varias deficiencias, consideradas en conjunto, son lo suficientemente graves para hacer que una evaluación del riesgo no constituya una evaluación del riesgo adecuada en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Además, que un grupo especial examine la evaluación del riesgo en su conjunto o base sus conclusiones generales en los análisis de los distintos pasos y factores examinados, dependerá del tipo y estructura de la evaluación del riesgo examinada, y posiblemente del modo en que un reclamante exponga y desarrolle sus alegaciones. En este caso, y especialmente habida cuenta de la forma en que el IRA realizó su análisis, el enfoque adoptado por el Grupo Especial fue apropiado.

259. El Grupo Especial llegó a sus conclusiones basándose en un análisis exhaustivo de todos los pasos y factores que examinó e indicó también que en el IRA no se tomaron en consideración de manera adecuada varios factores que podrían tener una repercusión *notable* sobre la evaluación del riesgo en el caso de la niebla del peral y del manzano y la ALCM.[393] Aunque no analizó explícitamente en su razonamiento la gravedad relativa, o la magnitud, de las deficiencias que constató en cada paso de importación pertinente o en cada factor relativo a la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano y la ALCM, el Grupo Especial indicó claramente que, consideradas en su conjunto, estas deficiencias eran suficientes para entrañar que el IRA no constituyera una evaluación del riesgo adecuada en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Por consiguiente, en vista de lo anteriormente expuesto, consideramos que el Grupo Especial examinó adecuadamente si el IRA es una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, basándose en un análisis exhaustivo de cada uno de los pasos y factores analizados en el IRA.

260. Por estas razones, desestimamos la alegación de Australia según la cual el Grupo Especial incurrió en error al no evaluar la importancia de las deficiencias que constató en las conclusiones intermedias formuladas en el IRA con respecto a la niebla del peral y del manzano y la ALCM.

[393] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.448 y 7.868.

D. *Conclusión*

261. En vista de lo que antecede, consideramos que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que el IRA no es una evaluación del riesgo adecuada en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* y que las deficiencias que el Grupo Especial constató en el IRA implicaban también que no se tuvieron suficientemente en consideración, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, factores tales como los testimonios científicos disponibles, los procesos y métodos de producción pertinentes en Nueva Zelandia y Australia y la prevalencia real de la niebla del peral y del manzano y de ALCM viables.[394]

262. Por estas razones, *confirmamos* las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.906 y 8.1 c) de su informe, según las cuales las MSF de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano y la ALCM, así como las medidas "generales" que están vinculadas a esas plagas, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y como consecuencia de ello, son también incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.[395]

VII. Artículo 11 del ESD

263. Examinamos seguidamente la alegación de Australia de que el Grupo Especial no cumplió el deber que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, y la consiguiente solicitud de Australia de que revoquemos las constataciones del Grupo Especial de que sus medidas relativas a la niebla del peral y del manzano y la ALCM, así como las medidas "generales" que están vinculadas a esas plagas, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

264. Australia afirma que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD, porque hizo caso omiso de aspectos clave del testimonio de los expertos designados que eran favorables a Australia. Aduce también que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque sus conclusiones se basaron en un error fundamental de interpretación acerca de un aspecto importante de la metodología de evaluación del riesgo de Australia.

265. Hemos llegado ya a la conclusión de que el Grupo Especial no interpretó ni aplicó erróneamente los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* y que utilizó la norma de examen correcta al evaluar la conformidad del IRA con estas disposiciones. En esta sección examinaremos en primer lugar si el Grupo Especial cometió un error a tenor del

[394] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.471, 7.510, 7.886 y 7.904.
[395] Véase también el informe del Grupo Especial, párrafos 7.472, 7.510, 7.887 y 7.905

artículo 11 del ESD porque hizo caso omiso de testimonios de expertos que eran pertinentes a la posición de Australia y, en segundo lugar, si el Grupo Especial no comprendió la metodología utilizada en el IRA para realizar la evaluación del riesgo.

A. *Trato dado por el Grupo Especial al testimonio de los expertos que designó*

266. Australia subraya que el deber de un grupo especial de hacer una evaluación objetiva del asunto incluye la obligación de considerar debidamente todas las pruebas importantes de que disponga y que sean pertinentes al asunto.[396] A su juicio, un grupo especial incurre en error cuando no examina efectivamente de forma adecuada y realista pruebas significativas y no evalúa su importancia.[397] Australia sostiene que el Grupo Especial hizo caso omiso de aspectos clave del testimonio de los expertos designados por él que eran favorables a Australia. Australia se basa en los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* para sostener que, si en esa diferencia, el Grupo Especial incurrió en error al limitarse a reproducir los testimonios y no evaluar su importancia, el Grupo Especial encargado de la presente diferencia cometió un error aun más grave ya que, en varios casos, pasó completamente por alto testimonios que eran favorables a la posición de Australia.[398] Afirma que limitarse a reproducir un testimonio sin examinarlo, o haciendo totalmente caso omiso de él, equivale a no hacer una evaluación objetiva de los hechos, y subraya la importancia que tenía para su posición el testimonio que se pasó por alto.[399]

267. Nueva Zelandia responde que los grupos especiales gozan de discrecionalidad al evaluar si determinado elemento de prueba es o no pertinente para su razonamiento, y no están obligados a analizar en su informe todos y cada uno de los elementos de prueba.[400] Subraya las diferencias que hay entre las circunstancias del presente asunto y las que se concurrían en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*. Indica que en este último asunto había dudas justificables en cuanto a la independencia o imparcialidad de los dos expertos en los que el Grupo Especial se basó ampliamente, mientras que los expertos en los que se ha basado el Grupo Especial en el presente caso son claramente independientes e imparciales.[401]

[396] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 128.
[397] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 130.
[398] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 133.
[399] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 130.
[400] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.207.
[401] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.209.

268. Recordamos en primer lugar que el texto del artículo 11 del ESD, en la parte pertinente, dispone lo siguiente:

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

269. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación declaró que "[e]l deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que le haya sido sometido es, entre otras cosas, una obligación de examinar las pruebas presentadas a un grupo especial y de llegar a conclusiones de hecho a base de esas pruebas".[402] En consecuencia, "desestimar deliberadamente" las pruebas o "negarse a examinarlas" son actos incompatibles con el deber que tiene un grupo especial de hacer una evaluación objetiva de los hechos. En la diferencia *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, el Órgano de Apelación constató que el deber de hacer una evaluación de los hechos "obliga a los grupos especiales a examinar las pruebas que se les han sometido en su totalidad, lo cual incluye el examen de las pruebas presentadas en relación con otras pruebas".[403]

270. En *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación aclaró además que los grupos especiales no pueden hacer caso omiso de pruebas que sean pertinentes para los argumentos de una de las partes y tienen el deber de considerarlas debidamente.[404] Constató también que los grupos especiales pueden basarse en el asesoramiento de expertos al examinar las MSF de los Miembros y que, al hacerlo, deben respetar el derecho de las partes a las debidas garantías procesales y los límites de su mandato de examen.[405] La forma en que los grupos especiales tratan las pruebas que se les han presentado, incluidos los testimonios de expertos, puede afectar a los derechos sustantivos de las partes en una diferencia y a su derecho a las debidas garantías procesales. La decisión de un grupo especial de no examinar un elemento de prueba que aparentemente parece ser favorable a los argumentos de una de las partes podría indicar sesgo o falta de imparcialidad en el

---

[402] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133.

[403] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 331.

[404] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 553 y 615.

[405] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 592.

trato de las pruebas por el grupo especial[406], aunque en realidad éste haga una evaluación objetiva de los hechos.

271. No obstante, el Órgano de Apelación también ha aclarado que como "instancia que decide sobre los hechos", los grupos especiales gozan de un margen de discrecionalidad en la evaluación de los hechos, incluido el trato de las pruebas. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación constató que "por lo general queda a discreción del [g]rupo [e]special decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones" y que "[n]o es realista esperar que el [g]rupo [e]special mencione todas las declaraciones de los expertos que le asesoran, por lo que se le debe conceder un considerable margen de discreción en el momento de determinar cuáles son las declaraciones que conviene refleje explícitamente".[407] En *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación reconoció que los grupos especiales gozan de un margen de discrecionalidad para apreciar el valor de las pruebas y el peso que han de asignar a las mismas y que "[e]n el ejercicio de esa discreción, est[án] facultado[s] para determinar que deb[e] atribuirse más peso a ciertos elementos de las pruebas que a otros".[408] En *Estados Unidos - Gluten de trigo*, el Órgano de Apelación declaró también que "habida cuenta de la distinción entre los respectivos papeles que incumben al Órgano de Apelación por una parte y a los grupos especiales por otra ... no interferiremos sin motivos bien fundados con el ejercicio de las facultades discrecionales que corresponden al Grupo Especial".[409] Más recientemente, en la diferencia *Brasil - Neumáticos recauchutados*, el Órgano de Apelación aclaró además que "[l]os grupos especiales gozan de discrecionalidad al evaluar si determinado elemento de prueba es o no pertinente a los efectos de su razonamiento, y no están obligados a analizar en su informe todos y cada uno de los elementos de prueba".[410]

272. No obstante, la discrecionalidad de un grupo especial como instancia a la que corresponde la decisión sobre los hechos encuentra sus limitaciones en la norma de examen aplicable del artículo 11 del ESD. Al hacer "una evaluación objetiva de los hechos" en el marco del párrafo 1 del artículo 5 de *Acuerdo MSF*, el grupo especial no puede utilizar las pruebas, incluidos los testimonios de los expertos que haya designado, para realizar su propia evaluación del riesgo, sino que, debe utilizar esas pruebas para examinar la evaluación del riesgo realizada por el Miembro de la OMC.

---

[406] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafos 292-295.

[407] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 135 y 138.

[408] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 161.

[409] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Gluten de trigo*, párrafo 151.

[410] Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 202. (no se reproduce la nota de pie de página)

273. Al sostener que el Grupo Especial infringió el artículo 11 del ESD, Australia se basa en los informes del Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión.* En esa diferencia el Órgano de Apelación constató que al reproducir testimonios de algunos expertos sin analizar su importancia, el Grupo Especial hizo efectivamente caso omiso de pruebas que eran potencialmente pertinentes para los argumentos de una de las partes, lo que fue uno de los fundamentos para que el Órgano de Apelación constatara que el Grupo Especial encargado de esas diferencias había actuado de manera incompatible con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.[411]

274. Observamos que el pasaje de los informes sobre las diferencias *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión* en el que se basa Australia forma parte de las constataciones más amplias del Órgano de Apelación sobre la aplicación por el Grupo Especial de la norma de examen prevista en el artículo 11 del ESD.[412] En esas diferencias el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial que se ocupó de ellas, en lugar de examinar la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas de acuerdo con la norma de examen aplicable, "h[izo] una encuesta del asesoramiento presentado por los expertos científicos y bas[ó] sus decisiones en si la mayoría de los expertos ... coincidía con la conclusión a que llegaba la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas".[413] El hecho de que el Grupo Especial que examinó ese asunto hiciera caso omiso de determinados testimonios pertinentes para las Comunidades Europeas fue por lo tanto solamente un elemento que el Órgano de Apelación consideró en el conjunto de la "evaluación de los hechos" realizada por el Grupo Especial, siendo los otros la utilización que hizo el Grupo Especial de los testimonios de los expertos para realizar efectivamente su propia evaluación del riesgo y el hecho de que el Grupo Especial indebidamente se basara en la opinión de la mayoría dentro de la comunidad científica, prescindiendo de opiniones favorables a las Comunidades Europeas.[414]

275. En cuanto al trato dado a las pruebas por el Grupo Especial, consideramos que su función como instancia a la que corresponde la decisión sobre los hechos le obliga a examinar y considerar todas las pruebas que le presenten las partes o que recabe de conformidad con el artículo 13 del ESD. No obstante, como explicó el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, no cabe esperar que el grupo especial mencione todas las declaraciones de los expertos a los que haya consultado.[415] Reproducir en el informe todas las declaraciones realizadas por los expertos no es una condición necesaria ni

[411] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 615.
[412] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 585-616.
[413] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 598.
[414] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 597 y 598.
[415] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 138.

suficiente para que el grupo especial desempeñe su función de acuerdo con el artículo 11 del ESD. Esta disposición exige que cada grupo especial, en su razonamiento sobre una cuestión determinada, sopese y pondere todas las pruebas pertinentes, incluidos los testimonios de los expertos. Un grupo especial puede reproducir las declaraciones pertinentes de los expertos, pero seguirá sin hacer una evaluación objetiva de los hechos de conformidad con el artículo 11 si después no evalúa debidamente la importancia de estas declaraciones en su razonamiento, como constató el Órgano de Apelación en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*. A la inversa, un grupo especial que no reproduzca expresamente determinadas declaraciones de los expertos que ha designado puede no obstante actuar de manera compatible con el artículo 11, especialmente cuando su razonamiento revela que ha evaluado la importancia de esas declaraciones o que éstas son manifiestamente no pertinentes para la evaluación objetiva por el grupo especial de los hechos y cuestiones que se le hayan sometido.

276. Que un grupo especial reproduzca y analice o no un determinado testimonio en el informe depende de factores tales como la pertinencia del testimonio al razonamiento del grupo especial y su evaluación objetiva de una determinada cuestión, el contexto en que se hizo la declaración y la importancia que las partes atribuyen al testimonio. Además, el hecho de que un grupo especial no reproduzca y analice una declaración de un experto rara vez, por no decir nunca, será suficiente para invalidar la evaluación general de los hechos realizada por ese grupo especial. Como ocurrió en el asunto *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, el hecho de que un grupo especial haga caso omiso del testimonio de determinados expertos puede ser prueba de una deficiencia más sistemática en la norma de examen aplicada por éste en su evaluación general de los hechos.

277. En la presente diferencia hemos constatado ya que el Grupo Especial no incurrió en error al aplicar la norma de examen en su evaluación del IRA en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Pasamos a analizar si el trato que dio el Grupo Especial al testimonio de los expertos equivale a no hacer una evaluación objetiva de los hechos en el sentido del artículo 11 del ESD.

278. Al examinar la apelación de Australia con respecto al trato dado por el Grupo Especial al testimonio de los expertos, analizaremos las distintas declaraciones de las que según alega Australia el Grupo Especial hizo caso omiso. Seguidamente consideramos el contexto en que se hizo cada una de esas declaraciones y la importancia que Australia les atribuyó en el procedimiento ante el Grupo Especial. Después examinaremos si el Grupo Especial efectivamente no reprodujo ni analizó en el informe una determinada declaración, si esa declaración era claramente pertinente e importante para el razonamiento del Grupo Especial y, en caso afirmativo, si el razonamiento pone de manifiesto que no obstante el Grupo Especial la tuvo en cuenta. Por último, después de examinar el trato que el

Grupo Especial dio a las distintas declaraciones, analizaremos si en el trato general que dio al testimonio de los expertos el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD.

279. Recordamos en primer lugar que, al examinar el asunto planteado en la presente diferencia, el Grupo Especial recabó el asesoramiento de siete expertos en cuatro campos diferentes (niebla del peral y del manzano, chancro del manzano y del peral, ALCM y evaluación del riesgo de plagas). El Grupo Especial seleccionó y designó a los expertos siguientes: el Dr. Tom Deckers y el Dr. Jean-Pierre Paulin para la niebla del peral y del manzano; el Dr. Bernardo Latorre y el Dr. Terence Swinburne para el chancro del manzano y del peral; el Dr. Jerry Cross para la ALCM; y la Dra. Gritta Schrader y el Dr. Ricardo Sgrillo para la evaluación del riesgo de plagas.[416]

280. En su apelación contra el trato dado por el Grupo Especial al testimonio de los expertos, Australia impugna el trato que dio a determinadas declaraciones de los expertos designados, que supuestamente eran favorables a sus alegaciones, en seis esferas distintas. Concretamente, impugna el trato que el Grupo Especial dio a: i) una declaración del Dr. Deckers sobre la *probabilidad global de importación*; ii) una declaración del Dr. Deckers sobre la *exposición*; iii) una declaración del Dr. Deckers y una declaración del Dr. Paulin sobre las *posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano*; iv) una declaración del Dr. Deckers sobre la *limitación de las exportaciones a las manzanas maduras asintomáticas*; v) una declaración de la Dra. Schrader sobre el *uso de la distribución uniforme*; y vi) una declaración del Dr. Cross sobre las *posibles consecuencias de la ALCM*.

281. En lo que respecta al punto i), la *probabilidad global de importación* de manzanas infestadas o infectadas con la niebla del peral o del manzano, Australia aduce que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la declaración del Dr. Deckers de que "[no creía] que hubiera una exageración de la estimación a ese respecto en los pasos de importación".[417] Sostiene que esta declaración matiza significativamente la declaración anterior del Dr. Deckers, en la que se basó el Grupo Especial, de que la probabilidad de importación "podía haber sido" sobrevalorada.[418]

282. Nueva Zelandia responde que la declaración oral del Dr. Deckers sobre la probabilidad global de importación no respalda la posición de Australia porque el Dr. Deckers consideró que las

[416] Informe del Grupo Especial, párrafo 1.33.

[417] Transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informe del Grupo Especial, anexo B-2, Dr. Deckers, párrafo 259.

[418] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 137 (donde se cita la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 34 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 237).

probabilidades evaluadas en el marco de los pasos de importación 2, 3 y 5, que se agregaron como partes de la probabilidad global de importación, estaban sobrevaloradas.[419]

283. Observamos que el Grupo Especial no reprodujo la declaración oral del Dr. Deckers, ni se refiere expresamente a ella como parte de su análisis de las demás declaraciones del Dr. Deckers y de los demás expertos sobre la probabilidad de importación a través de los ocho pasos de importación y sobre la probabilidad global de importación de la niebla del peral y del manzano. No obstante, incluye una referencia a esta declaración oral del Dr. Deckers en una nota de pie de página a su análisis de la declaración escrita del Dr. Deckers según la cual el valor de la probabilidad global de importación que figura en el IRA podía haber sido sobrevalorada. La nota dice lo siguiente: "Véase, no obstante, la respuesta del Dr. Deckers que figura en la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos, párrafo 259."[420]

284. La declaración del Dr. Deckers de que la probabilidad de importación podía haber sido sobrevalorada forma parte de la respuesta que dio por escrito a la pregunta 34 del Grupo Especial.[421] En cambio, la declaración del Dr. Deckers de que no creía que hubiera una exageración de la estimación en los pasos de importación formaba parte de una respuesta que el Dr. Deckers dio oralmente a una pregunta formulada por el Grupo Especial en la reunión con los expertos.[422] Este testimonio debe interpretarse en el contexto del análisis que le precedió y le siguió. Además, la finalidad de la reunión entre el Grupo Especial y los expertos consistía en "dar a los expertos la oportunidad de desarrollar y aclarar las respuestas escritas a las preguntas formuladas por el Grupo Especial y de responder a las observaciones de las partes sobre esas respuestas".[423] Por lo tanto, las declaraciones que hicieron los expertos en la reunión con el Grupo Especial no se deben evaluar aisladamente, sino teniendo en cuenta las respuestas escritas que la reunión pretendía aclarar y puntualizar.

285. Observamos que, al declarar oralmente que no creía que hubiera una exageración, el Dr. Deckers respondía a una pregunta formulada por uno de los miembros del Grupo Especial sobre la relación entre la estimación de cada uno de los pasos de importación y la probabilidad global de importación de la niebla del peral y del manzano. Concretamente, el miembro del Grupo Especial había pedido a los expertos que formularan observaciones sobre la tesis de Australia de que había

[419] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.221.
[420] Informe del Grupo Especial, nota 1595 al párrafo 7.356.
[421] Respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 34 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 237.
[422] Transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informe del Grupo Especial, anexo B-2, Dr. Deckers, párrafo 259.
[423] Transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informe del Grupo Especial, anexo B-2, Presidente del Grupo Especial, párrafo 14.

suficiente respaldo de los expertos para el razonamiento del IRA sobre determinados pasos de importación para dar a entender que "cualquier supuesta exageración del rango de probabilidad no es una deficiencia grave".[424] Parece, por lo tanto, que en la respuesta del Dr. Deckers de que no había "exageración de la estimación *a ese respecto* en los pasos de importación", la expresión "a ese respecto" ("*there*" en la versión inglesa) se refiere a los pasos de importación que los expertos, incluido él mismo, habían constatado que se basaban en testimonios científicos, no a aquellos pasos que había considerado que estaban sobrevalorados ni a la probabilidad global de importación. A este respecto, recordamos que el Dr. Deckers había testificado que los valores asignados por el IRA a los pasos de importación 2, 3 y 5 estaban sobrevalorados, y que la probabilidad global de importación del 3,9 por ciento podía haber sido sobrevalorada.[425]

286. Destacamos también el argumento de Nueva Zelandia de que debe entenderse que la declaración oral del Dr. Deckers de que no creía que hubiera una exageración se refería a la metodología del IRA basada en 10 hipótesis de importación y no a los distintos pasos de importación ni a la probabilidad global de importación, que en otro testimonio había considerado que estaba "sobrevalorada". Dicho de otra manera, Nueva Zelandia entiende que, al hacer esta declaración oral, el Dr. Deckers estaba expresando la opinión de que la agregación y combinación de los distintos pasos e hipótesis de importación realizadas por el IRA no habían dado como resultado una estimación exagerada *más allá* de la sobrevaloración que ya había indicado que consideraba que existía en relación con determinados pasos de importación.

---

[424] A continuación se reproduce el texto de los párrafos 257 y 259 de la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informe del Grupo Especial, anexo B-2:

> Kirsten Hillman
>
> 257. ... Australia aduce que si bien los expertos expresaron algunas dudas sobre la probabilidad global de importación de *E amylovora*, esta conclusión debe contrastarse el respaldo específico correspondiente a cada uno de los pasos de importación, es decir, el respaldo de los expertos. A juicio de Australia, hay suficiente respaldo para los pormenores del razonamiento del equipo encargado del IRA para dar a entender que "cualquier supuesta exageración del rango de probabilidad no es una deficiencia grave". Por lo tanto, nos gustaría que los expertos formularan observaciones sobre esta declaración de Australia y si refleja adecuadamente sus opiniones sobre la cuestión.
>
> Dr. Deckers
>
> 259. A juzgar por lo que he entendido en esta esfera, no creo que hubiera una exageración de la estimación a ese respecto en los pasos de importación. Creo que existe un riesgo real que debe estimarse de la mejor manera posible. A mi juicio no había una situación exagerada en este caso. Creo que tienen razón al considerar la estimación de esta manera.

[425] En respuesta a preguntas específicas sobre la estimación del IRA de las probabilidades de importación correspondientes a los pasos de importación 2, 3 y 5, el Dr. Deckers dijo que el valor asignado al paso de importación 2 era "una cifra bastante elevada"; que en el caso del paso de importación 3 la "probabilidad global del 1 por ciento parece ser algo elevada"; y que la estimación correspondiente al paso de importación 5 no estaba "suficientemente de acuerdo con las normas de la comunidad científica". (Véanse las respuestas del Dr. Deckers a las preguntas 24, 26 y 30 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafos 173, 186 y 215, respectivamente).

287. Por consiguiente, consideramos que con arreglo a cualquiera de las interpretaciones analizadas *supra*, se puede entender que la declaración oral del Dr. Deckers es congruente con sus opiniones, expresadas en sus respuestas escritas, de que los pasos de importación 2, 3 y 5 estaban sobrevalorados y que la probabilidad global de importación podía haber sido sobrevalorada.[426] En cualquier caso, la declaración del Dr. Deckers no deja de ser ambigua y no respalda con claridad el argumento de Australia.

288. Por las razones expuestas, consideramos que Australia no ha establecido que el Grupo Especial hizo caso omiso de las aparentes contradicciones en el testimonio del Dr. Deckers sobre las estimaciones del IRA de la probabilidad de importación de la niebla del peral y del manzano. De una lectura atenta del informe del Grupo Especial se desprende que éste no "hizo efectivamente caso omiso" de los testimonios pertinentes en su evaluación de la estimación de la probabilidad global de importación del IRA. Aunque el Grupo Especial podría haber explicado explícitamente por qué decidió basarse en las demás declaraciones escritas que el Dr. Deckers hizo sobre la misma cuestión, no consideramos que, en las circunstancias de la presente diferencia, esa omisión equivalga a hacer caso omiso de pruebas importantes que eran pertinentes para la posición de Australia o no considerarlas debidamente.

289. Por lo que respecta al punto ii), relativo a la *exposición*, Australia aduce que, al analizar este factor, el Grupo Especial se basó en el testimonio escrito inicial del Dr. Deckers de que la probabilidad de que las bacterias epifitas de la niebla del peral o del manzano se transmitan de una manzana importada a los órganos vulnerables de una planta hospedante en el momento apropiado para que se produzca una infección era "bastante pequeña", sin reproducir el testimonio oral del Dr. Deckers en el que aclaraba que, en su opinión, la estimación del IRA según la cual la probabilidad de exposición era de 0 a 10^{-6} era "muy baja", y por consiguiente "correcta", ni evaluar la importancia de dicho testimonio oral.[427]

290. El Grupo Especial no reproduce la declaración oral del Dr. Deckers ni se refiere expresamente a ella en el marco de su examen de las otras declaraciones del Dr. Deckers y los demás expertos sobre la probabilidad de exposición. Sin embargo, consideramos que el razonamiento del Grupo Especial

---

[426] Indicamos que en la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, Australia no pidió al Dr. Deckers que diera detalles o aclarara su declaración de que no creía que hubiera una exageración de la estimación en los pasos de importación. Australia tampoco planteó esta cuestión en la segunda reunión sustantiva de las partes con el Grupo Especial.

[427] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 139 (donde se cita la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 35 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 240; y la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informe del Grupo Especial, anexo B-2, Dr. Deckers, párrafo 297).

sobre la exposición refleja la declaración del Dr. Deckers de que el valor de 0 a 10^{-6} asignado en el IRA a la probabilidad de exposición es "muy bajo", y por consiguiente "correcto".

291. Observamos, en primer lugar, que en su comunicación escrita sobre la exposición, el Dr. Deckers llegaba a la conclusión de que la probabilidad de una transferencia por insectos era "bastante pequeña", tras haber observado que "la alimentación de los insectos con manzanas desechadas no se ha descrito como un factor de propagación de la enfermedad en el ciclo biológico de [*Erwinia amylovora*]" y que "[u]n insecto que se alimenta de una manzana desechada no se considera una vía normal de propagación de la enfermedad entre una fruta infectada y otra planta hospedante".[428]

292. Recordamos que el Grupo Especial concluyó que el análisis global de la exposición realizado en el IRA no era coherente ni objetivo. Al mismo tiempo, el Grupo Especial pareció aceptar el razonamiento del IRA relativo a la posibilidad de transferencia a través de insectos fitófagos. El Grupo Especial constató que "la hipótesis de los insectos fitófagos se basa en sucesos que no se pueden descartar completamente" y que "[e]n cualquier caso, el valor de probabilidad asignado a ese suceso debería ser proporcional a la probabilidad extremadamente baja de transmisión por insectos fitófagos".[429] A juicio del Grupo Especial, "[l]as conclusiones del IRA sobre los mecanismos de transferencia no están respaldadas por testimonios científicos, muy especialmente las relativas al mecanismo de transmisión mecánica propuesto".[430] Sin embargo, el Grupo Especial también afirmó que la transferencia por insectos fitófagos, "aunque no es totalmente irrazonable, parece corresponder a una situación hipotética muy improbable".[431] A este respecto, observamos que la respuesta del Dr. Deckers de que el valor asignado en el IRA a la exposición era "muy bajo", y por consiguiente "correcto", era una explicación detallada de su respuesta escrita según la cual la probabilidad de transmisión por insectos fitófagos era "bastante pequeña".[432]

293. Teniendo en cuenta lo que antecede, no consideramos que Australia haya establecido que el hecho de que el Grupo Especial no reprodujera ni examinara la declaración del Dr. Deckers de que la asignación en el IRA de un valor "muy bajo" a la probabilidad de exposición es correcta significara

[428] Respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 35 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 240.
[429] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.403.
[430] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.417.
[431] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.417.
[432] Observamos que, en la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, Australia no pidió al Dr. Deckers que aclarara o explicara con más detalle la declaración relativa a la exposición que había hecho en su respuesta escrita según la cual la probabilidad de transmisión por insectos fitófagos era muy pequeña. Australia tampoco planteó esta cuestión en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes.

que hizo caso omiso de pruebas importantes que eran pertinentes para la argumentación de Australia o no las consideró debidamente.

294. Por lo que respecta al punto iii), relativo a las *posibles consecuencias biológicas y económicas de la niebla del peral y del manzano*, Australia aduce que el Grupo Especial se basó exclusivamente en un determinado testimonio del Dr. Paulin según el cual ciertas puntuaciones del impacto en la evaluación de las consecuencias "podrían ser exageradas", pero no reprodujo los testimonios favorables del Dr. Deckers y el Dr. Paulin, que valoraron como "altas" las posibles consecuencias biológicas y económicas globales de la niebla del peral y del manzano, ni evaluó la importancia de esos testimonios.[433]

295. Nueva Zelandia responde que el Grupo Especial decidió basarse fundamentalmente en las opiniones del Dr. Paulin porque eran más amplias y detalladas en este punto que las del Dr. Deckers, y porque la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 11 del Grupo Especial y su testimonio servían de poca ayuda para analizar si la evaluación de las posibles consecuencias asociadas a la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano realizada en el IRA era coherente y objetiva.[434]

296. El Grupo Especial constató que, según los expertos que había consultado, el IRA tenía tendencia a sobrevalorar la gravedad de las consecuencias de la niebla del peral y del manzano, en particular para la vida o la salud de las plantas y para el comercio nacional.[435] El Grupo Especial se basó en el testimonio del Dr. Paulin de que las valoraciones de la repercusión más graves asignadas por el IRA a algunos de los criterios eran demasiado altas, exageradas o poco realistas. El Grupo Especial concluyó que la evaluación del IRA de las posibles consecuencias asociadas a la entrada, radicación o propagación de la niebla del peral y del manzano en Australia no se basaba en testimonios científicos adecuados y, por consiguiente, no era ni coherente ni objetiva.[436]

297. Sin embargo, el Grupo Especial no reprodujo ni examinó el testimonio del Dr. Deckers relativo a las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano[437], aunque se hace referencia a este testimonio en una nota al párrafo en que el Grupo Especial examina el testimonio del Dr. Paulin.[438] El Grupo Especial tampoco reprodujo ni analizó la declaración general del Dr. Paulin

[433] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 142 y 145.
[434] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.228.
[435] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.469.
[436] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.470.
[437] Respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 11 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 85.
[438] Informe del Grupo Especial, nota 1796 al párrafo 7.465.

de que, teniendo en cuenta las posibles consecuencias internacionales de la niebla del peral y del manzano, consideraba adecuado calificar de "alta" su repercusión.[439]

298. Para empezar, observamos que las declaraciones generales del Dr. Deckers y el Dr. Paulin de que las consecuencias de la niebla del peral y del manzano pueden calificarse de "altas" podrían parecer incompatibles a primera vista con la constatación del Grupo Especial de que la evaluación del IRA de las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano no se basa en testimonios científicos adecuados y no es objetiva ni coherente, puesto que el IRA también estimó que las posibles consecuencias biológicas y económicas de la niebla del peral y del manzano eran "altas". Observamos que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, un grupo especial tiene que examinar la objetividad y coherencia de la evaluación del riesgo, y no si los resultados de esa evaluación son correctos y se corresponden con aquellos a los que pudiera llegar el propio grupo especial basándose en el asesoramiento de los expertos designados. Por el contrario, un grupo especial no debe recurrir a los expertos para hacer conjeturas sobre el evaluador del riesgo llevando a cabo su propia evaluación; antes bien, tiene que examinar la evaluación del riesgo y verificar si es objetiva y coherente, es decir, si está suficientemente basada en los testimonios científicos pertinentes.

299. Las declaraciones generales del Dr. Deckers y el Dr. Paulin de que las consecuencias de la niebla del peral y del manzano pueden calificarse de "altas" no eran determinantes para la evaluación por el Grupo Especial de si el razonamiento del IRA sobre las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano era objetivo y coherente. El Grupo Especial reconoció expresamente, a este propósito, que "[n]o es tarea del Grupo Especial revaluar las valoraciones de la repercusión asignadas en el IRA a criterios específicos y proponer valoraciones diferentes".[440] El Grupo Especial decidió basarse en el testimonio del Dr. Paulin, que explicaba la razón por la que ciertas valoraciones de la repercusión asignadas en el IRA a determinados criterios directos e indirectos no se basaban en testimonios científicos y consideraba que esto suscitaba dudas sobre la objetividad y coherencia de las conclusiones del IRA relativas a las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano.[441] Por consiguiente, el Grupo Especial recurrió correctamente a los expertos designados para examinar la evaluación del riesgo del IRA, y no para realizar un examen *de novo*.

300. Observamos además que Australia cita únicamente la primera parte del testimonio del Dr. Deckers sobre las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano. Sin embargo, en la misma respuesta escrita a la pregunta formulada por el Grupo Especial, el Dr. Deckers matiza su

[439] Respuesta del Dr. Paulin a la pregunta 11 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 94.
[440] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.468.
[441] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.470.

valoración de las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano como "altas" al afirmar que estas consecuencias dependen también de una radicación y propagación eficaces de la niebla del peral y del manzano en Australia, que las diferentes regiones de Australia no reunirán todas las condiciones climatológicas adecuadas para una infección y desarrollo óptimos de la niebla del peral y del manzano, y que habrá diferencias en la evolución de la enfermedad de un año a otro.[442] Por otra parte, Australia se vale de la declaración del Dr. Paulin de que considera apropiado calificar de "alta" la repercusión de la niebla del peral y del manzano, sin tener en cuenta el hecho de que el Dr. Paulin afirma que, su opinión se basa en las posibles "consecuencias internacionales" de la introducción de esa enfermedad, y no en las posibles consecuencias en Australia.

301. Por consiguiente, Australia parece centrarse en las partes de los testimonios del Dr. Deckers y el Dr. Paulin que considera favorables para su argumentación, dejando de lado aspectos de esos mismos testimonios que parecen confirmar la constatación del Grupo Especial de que las conclusiones del IRA relativas a las posibles consecuencias biológicas y económicas de la niebla del peral y del manzano no eran objetivas ni coherentes.

302. En definitiva, no consideramos que Australia haya establecido que el Grupo Especial hizo caso omiso de las declaraciones del Dr. Deckers y el Dr. Paulin de que las consecuencias de la niebla del peral y del manzano pueden calificarse de "altas", porque el Grupo Especial no pretendió decidir ni decidió si era correcto o incorrecto calificar de "altas" en el IRA las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano, sino que, en su lugar, evaluó si las conclusiones del IRA eran objetivas y coherentes, es decir, si se basaban en testimonios científicos. Sin embargo, también en este caso el hecho de que, a primera vista, estas declaraciones parezcan contradecir las constataciones del Grupo Especial de que el análisis del IRA de las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano no era objetivo ni coherente significa que el razonamiento del Grupo Especial habría quedado más claro si hubiera explicado el modo en que había tratado las dos declaraciones y la relación de éstas con sus conclusiones.

303. Por otra parte, Australia aduce además que el Grupo Especial, al evaluar las posibles consecuencias biológicas y económicas, no consideró debidamente ni mencionó las pruebas relativas a las pérdidas de producción reales provocadas por los brotes de niebla del peral y del manzano en Hawkes Bay (Nueva Zelandia) en 1998 y en Michigan (Estados Unidos) en 2000.

[442] Respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 11 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 86.

304. El hecho de que el Grupo Especial no examinara explícitamente casos específicos de brotes de niebla del peral y del manzano y las consiguientes pérdidas económicas es compatible con su conclusión, basada en el testimonio del Dr. Paulin, de que "simplemente no es posible ... que la niebla del peral y del manzano tenga los mismos efectos devastadores en todos los lugares y en todas las plantas tan pronto como se introduce en una zona nueva".[443] Como hemos indicado más arriba, los grupos especiales deben examinar todas las pruebas que se les sometan, pero no están obligados a analizar en su informe todos y cada uno de los elementos de prueba, y gozan de discrecionalidad al evaluar si un determinado elemento de prueba es más pertinente que otro a los efectos de su razonamiento. En este contexto, consideramos que Australia no ha establecido que el Grupo Especial hizo caso omiso de pruebas importantes o no las consideró debidamente simplemente porque, en su informe, no mencionó las pruebas relativas a las pérdidas de producción reales provocadas por los brotes de niebla del peral y del manzano en Hawkes Bay y Michigan.

305. Por lo que respecta al punto iv), relativo a *la limitación de las exportaciones a las manzanas maduras asintomáticas*, Australia sostiene que el Grupo Especial reprodujo el testimonio del Dr. Deckers según el cual "la limitación de las exportaciones de manzanas a las manzanas maduras asintomáticas no es suficiente para conseguir el nivel adecuado de protección de Australia", pero lo desestimó sin más explicaciones.[444]

306. El Grupo Especial reprodujo y examinó este testimonio del Dr. Deckers en la sección de su informe relativa al párrafo 6 del artículo 5, al considerar que la declaración se refería a la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia. El Grupo Especial señaló que "el Dr. Deckers es escéptico sobre si la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia conseguiría por sí sola el nivel adecuado de protección de Australia", pero recurrió a la explicación del Dr. Deckers de que "no se considera que las manzanas constituyan un medio importante de propagación de la enfermedad de la niebla del peral y del manzano, y ... en consecuencia el comercio de manzanas en Europa no está sujeto a medidas de control de la niebla del peral y del manzano".[445]

307. El Grupo Especial explicó que, a pesar de que la declaración del Dr. Deckers expresaba escepticismo sobre la medida alternativa de Nueva Zelandia, había llegado a una conclusión diferente, basada en otros testimonios del Dr. Deckers y el Dr. Paulin que demostraban "que ambos consideran que el riesgo global de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas maduras asintomáticas importadas de Nueva Zelandia es muy bajo, tanto en general

[443] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.465.
[444] Respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 15 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 117.
[445] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1191.

como con respecto a puntos clave específicos en la hipótesis de importación evaluada en el IRA".[446] Teniendo esto en cuenta, no creemos que Australia haya establecido que el Grupo Especial hizo caso omiso del testimonio del Dr. Deckers sobre la idoneidad de la medida alternativa de Nueva Zelandia para alcanzar el nivel adecuado de protección de Australia o no lo consideró debidamente.

308. Por lo que respecta al punto v), relativo al *uso de la distribución uniforme*, Australia alega que la constatación del Grupo Especial de que la utilización de este modelo no estaba justificada hacía hincapié en el testimonio del Dr. Sgrillo, según el cual en el IRA se debería haber utilizado una distribución triangular, y en una parte del testimonio de la Dra. Schrader, en la que se afirmaba que la distribución uniforme es el menos realista de los tres tipos de distribución. Australia alega, sin embargo, que el Grupo Especial no reprodujo la declaración de la Dra. Schrader, según la cual la distribución uniforme es útil en situaciones en la que hay "un alto grado de incertidumbre" y la información es insuficiente para determinar el valor más probable, ni evaluó la importancia de esa declaración.[447]

309. Como cuestión preliminar, señalamos que, a nuestro entender, el informe del Grupo Especial no negaba la utilidad de la distribución uniforme *per se*. Antes bien, el Grupo Especial constató que la utilización de la distribución uniforme, en combinación con los resultados del intervalo "insignificante" (de 0 a 10^{-6}) del IRA, da lugar a una sobrevaloración de la probabilidad de que tengan lugar sucesos descritos como aquellos que "casi con toda seguridad no tendría[n] lugar".[448] Además, el Grupo Especial examinó los diferentes tipos de distribución y concluyó que "una distribución uniforme es la más sencilla, pero *en las circunstancias del presente caso* ... tiende a generar muestras menos realistas".[449]

310. Consideramos que el Grupo Especial no estaba obligado a examinar el testimonio de la Dra. Schrader sobre la utilidad de la distribución uniforme en una situación en la que había concluido que no se daban las condiciones para utilizar este tipo de distribución. En este sentido, el recurso del Grupo Especial al testimonio del Dr. Sgrillo -que sugiere la utilización de una distribución triangular para establecer modelos relativos a sucesos con una probabilidad insignificante de que se produzcan- no es incompatible con el testimonio de la Dra. Schrader sobre la distribución uniforme y está comprendido en las facultades discrecionales del Grupo Especial para ponderar las pruebas y establecer un equilibrio entre ellas. En estas circunstancias, Australia no ha establecido que, al no

[446] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1191 y 7.1192. Véase también, *infra*, la nota 575 del presente informe.

[447] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 147 y 148 (donde se cita la respuesta de la Dra. Schrader a la pregunta 135 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 781).

[448] Véase el cuadro de la "nomenclatura" del IRA, *supra*, párrafo 147 del presente informe.

[449] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.492. (sin cursivas en el original)

reproducir ni evaluar una parte del testimonio de la Dra. Schrader sobre la utilidad de la distribución uniforme, el Grupo Especial hizo caso omiso de pruebas que, según alega Australia, eran pertinentes para su argumentación o dejó de considerarlas debidamente.

311. Por lo que respecta al punto vi), relativo a las *posibles consecuencias biológicas y económicas de la ALCM*, Australia aduce que el Grupo Especial reprodujo el testimonio del Dr. Cross en el que éste opinaba que determinadas puntuaciones del impacto asignadas en el IRA eran demasiado rigurosas y que se podía haber asignado una puntuación más creíble, pero no reprodujo el testimonio del Dr. Cross según el cual, aun suponiendo que se reasignaran las puntuaciones más rigurosas, ello no haría cambiar la calificación de "bajas" atribuida a las consecuencias globales, y, en ese sentido, "la conclusión del análisis de Australia era objetiva y creíble", ni evaluó la importancia de ese testimonio.[450]

312. En el caso de la ALCM, observamos que el Grupo Especial basó sus conclusiones con respecto a las posibles consecuencias también en el hecho de que el IRA no había analizado si se daban las condiciones climáticas necesarias para la radicación y propagación de la ALCM en Australia ni el ámbito geográfico en el que podían darse. El Dr. Cross había declarado, en relación con la entrada, radicación y propagación de la ALCM, que el IRA no había establecido los límites geográficos y climáticos para la radicación y propagación de la ALCM y que un "análisis climático habría permitido también evaluar mejor la probable repercusión de la ALCM en diferentes zonas de Australia".[451] Por consiguiente, se debe matizar la evaluación global de las consecuencias realizada por el Dr. Cross señalando las opiniones sobre los factores geográficos y climáticos que había expresado en relación con la entrada, radicación y propagación de la ALCM.

313. Hemos afirmado más arriba que no consideramos que el Grupo Especial haya hecho caso omiso de pruebas porque no examinó las declaraciones generales del Dr. Deckers y el Dr. Paulin en el sentido de que las consecuencias de la niebla del peral y del manzano pueden calificarse de "altas". De conformidad con la norma de examen aplicable, el Grupo Especial estaba obligado a verificar si las conclusiones del IRA relativas a las posibles consecuencias de las plagas eran objetivas y coherentes, no si eran correctas. De ello se infiere que las declaraciones generales de los expertos designados sobre la calificación global de las consecuencias de las plagas no eran determinantes, en esta cuestión, del razonamiento del Grupo Especial y su evaluación objetiva del asunto. Además, hemos observado que en su opinión sobre la presencia de las condiciones necesarias para la radicación

[450] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 149 (donde se cita la respuesta del Dr. Cross a la pregunta 96 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 561) y 150.

[451] Respuesta del Dr. Cross a la pregunta 117 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 677.

y propagación de la niebla del peral y del manzano en Australia, el Dr. Deckers matizó su declaración sobre las consecuencias de la niebla del peral y del manzano, y que en su otro testimonio el Dr. Cross matizó su declaración sobre las consecuencias de la ALCM. Por consiguiente no consideramos que Australia haya establecido que el Grupo Especial hizo caso omiso de pruebas o dejó de considerarlas debidamente al no examinar la declaración del Dr. Cross según la cual él no habría modificado la calificación global de "bajas" asignada en el IRA a las posibles consecuencias de la ALCM. Sin embargo, como en el caso del análisis por el Grupo Especial de las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano, si el Grupo Especial hubiera examinado este testimonio y explicado las razones por las que no era pertinente para las conclusiones a que había llegado, su razonamiento sobre esta cuestión habría quedado más claro.

314. Hemos considerado que, en el trato que dio a las distintas declaraciones realizadas por los expertos en las seis esferas mencionadas más arriba, el Grupo Especial no hizo caso omiso de pruebas importantes que eran favorables a la argumentación de Australia ni dejó de considerarlas debidamente. Si bien el Grupo Especial no reprodujo ni examinó algunas de las declaraciones de expertos que Australia ha identificado en su apelación, estamos convencidos de que tuvo en cuenta la importancia de estas declaraciones en su análisis de las seis cuestiones anteriormente indicadas. También hemos observado que Australia saca algunas de las declaraciones que considera favorables para su argumentación del contexto más amplio en el que el Grupo Especial las evaluó debidamente.

315. Por consiguiente, teniendo en cuenta lo que antecede, no consideramos que, en el trato que dio al testimonio de los expertos, el Grupo Especial haya dejado de hacer una evaluación objetiva del asunto, de conformidad con el artículo 11 del ESD.

B. *La caracterización por el Grupo Especial de la metodología empleada en el IRA*

316. Australia aduce que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD porque no entendió la metodología de evaluación del riesgo empleada en el IRA y, en particular, la elección de un intervalo de probabilidades de 0 a 10^{-6} (0 a 1 entre 1 millón) y un punto medio (si se utiliza la distribución uniforme) de 5×10^{-7} (0,5 entre 1 millón) para los sucesos con una probabilidad "insignificante" de que se produzcan. Australia alega que el equipo encargado del IRA no se vio constreñido por los intervalos que sugería la nomenclatura y que la correspondencia definida entre un suceso cuya probabilidad se calificaba de "insignificante" y un intervalo de probabilidades de 0 a 10^{-6}, en sí misma y por sí misma, era inevitablemente arbitraria. Según Australia, el Grupo Especial debería haber determinado si la estimación correspondiente a una etapa o factor determinados estaba "dentro de un rango que pudiera considerarse legítimo con arreglo a los criterios de la comunidad científica, y no si la correspondencia establecida en la definición entre el rango y la

denominación estaba justificada".[452] Australia aduce también que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las deficiencias metodológicas demostraban, por sí solas, la invalidez del IRA, al considerar que el intervalo de 0 a 10^{-6} se utilizaba sólo en dos puntos (el paso de importación 7 y la exposición) y en combinación con la distribución uniforme sólo en el caso de la exposición.[453]

317. Nueva Zelandia responde que el Grupo Especial actuó correctamente al centrarse en la correspondencia en la definición, porque el cuadro 12 del IRA establece una serie de denominaciones en relación con la probabilidad que corresponden a intervalos cuantitativos de probabilidad, y define la probabilidad "insignificante" como la correspondiente a un suceso que "casi con toda seguridad no tendría lugar".[454] Nueva Zelandia aduce que el Grupo Especial actuó correctamente al constatar que el intervalo y la distribución utilizados en el IRA para los sucesos con una probabilidad "insignificante" no eran adecuados para establecer modelos sobre sucesos que casi con toda seguridad no tendrían lugar y que las deficiencias metodológicas eran suficientemente graves para demostrar por sí solas la invalidez del IRA. Nueva Zelandia afirma que si, por ejemplo, en el IRA se hubiera utilizado un intervalo de 0 a 10^{-8} en lugar de un intervalo de 0 a 10^{-6}, siempre que las demás circunstancias no hubieran cambiado, el IRA habría previsto la probabilidad de que se produjera un brote de niebla del peral y del manzano aproximadamente una vez cada 2.220 años, en lugar de una vez cada 22 años.[455]

318. El IRA asignó estimaciones puntuales cuantitativas o intervalos de probabilidades a cada paso de importación o factor relacionado con la entrada, radicación y propagación. Cada intervalo de probabilidades estaba asociado con uno de los tres modelos matemáticos de distribución. La distribución uniforme, a diferencia de la distribución triangular y la distribución Pert, no establece el valor más probable, sino únicamente dos parámetros, un valor máximo y otro mínimo, y todos los valores del rango continuo entre esos dos límites tienen la misma probabilidad de que se produzcan.[456] El intervalo de probabilidades de 0 a 10^{-6}, con un punto medio (si se utiliza la distribución uniforme) de 5×10^{-7}, corresponde en la nomenclatura del IRA a la probabilidad cualitativa "insignificante" y a la descripción cualitativa "[e]l suceso, casi con toda seguridad, no tendría lugar".[457]

---

[452] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 155.
[453] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 158.
[454] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.268. El cuadro se reproduce *supra*, párrafo 147 del presente informe.
[455] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, nota 466 al párrafo 2.274.
[456] *Supra*, párrafo 146 del presente informe.
[457] IRA, Parte B, cuadro 12, página 43, reproducido *supra*, párrafo 147 del presente informe.

319. El Grupo Especial constató que, debido a las deficiencias metodológicas que exageran el riesgo evaluado, el IRA no es una evaluación del riesgo correcta en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[458] Una de las dos deficiencias metodológicas constatadas por el Grupo Especial se refiere a la elección del intervalo de probabilidades del IRA para sucesos con una probabilidad "insignificante" de que se produzcan.[459] El Grupo Especial constató que la elección de un intervalo de probabilidades de 0 a 10^{-6} para los sucesos con una probabilidad "insignificante" de que se produzcan no estaba adecuadamente justificada en el IRA y conducía a una sobrevaloración de la probabilidad de entrada, radicación y propagación de las plagas en cuestión.[460]

320. No estamos convencidos de que, como aduce Australia, el Grupo Especial interpretó erróneamente la metodología utilizada en el IRA. El Grupo Especial manifestó su discrepancia con la asignación en el IRA de un intervalo de probabilidades que abarcaba de sucesos que se producirían con relativa frecuencia a sucesos que, sobre la base de los testimonios científicos existentes, no se producirían casi con toda seguridad. En el IRA se adoptó una metodología semicuantitativa y se utilizó una correspondencia ("nomenclatura") para convertir intervalos de probabilidades cuantitativos en puntuaciones y descriptores cualitativos.[461] Al igual que el Grupo Especial, consideramos que, en una evaluación del riesgo semicuantitativa, como es el IRA, la objetividad de la correspondencia es fundamental para garantizar la objetividad y coherencia de los resultados de esa evaluación. Si, como ha constatado el Grupo Especial[462], el valor cuantitativo asignado a la probabilidad cualitativa "insignificante" es demasiado alto, este hecho tendrá repercusiones sobre la probabilidad global de entrada, radicación y propagación y, en última instancia, sobre la evaluación del riesgo en situación sin control.

321. Observamos que el IRA asignó valores cuantitativos (estimaciones puntuales o intervalos de probabilidades) a los distintos pasos y factores, a menudo seleccionando uno de seis rangos cuantitativos predefinidos[463], el más bajo de los cuales era el intervalo de probabilidad 0 a 10^{-6}.[464] A continuación estos valores cuantitativos se combinaban con arreglo a la metodología del IRA y utilizando el programa @Risk, para determinar un valor global de probabilidad anual de entrada, radicación y propagación.[465] Este valor se convirtió en una puntuación cualitativa que se combinó con

[458] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.510.
[459] El Grupo Especial también constató que con el uso en el IRA de una distribución uniforme como modelo de probabilidad de sucesos insignificantes "se tiende a sobrevalorar aún más la probabilidad de tales sucesos 'insignificantes'". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.508)
[460] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.508.
[461] Véase *supra*, párrafo 147 del presente informe.
[462] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.484.
[463] Véase *supra*, nota 207 del presente informe.
[464] Véase la tercera columna del cuadro de la "nomenclatura", *supra*, párrafo 147 del presente informe.
[465] Véase *supra*, párrafo 142 del presente informe.

la puntuación cualitativa asignada a las posibles consecuencias biológicas y económicas en la "matriz de estimación del riesgo" para determinar el "riesgo en situación sin control".[466] Con arreglo a esa metodología, una correspondencia errónea en la nomenclatura puede dar lugar a una distorsión de la estimación del riesgo en situación sin control.

322. Por ejemplo, en el caso de la "exposición" a la niebla del peral y del manzano, el IRA asignó un valor cuantitativo de 0 a 10^{-6} (con una distribución uniforme), correspondiente a una sola manzana, a las 20 combinaciones correspondientes a los 5 puntos de aprovechamiento y los 4 grupos de exposición. Este intervalo de probabilidades corresponde a una probabilidad cualitativa de "insignificante" en el cuadro sobre la "nomenclatura" del IRA, y al descriptor cualitativo "[e]l suceso casi con toda seguridad no tendría lugar".[467] La decisión de asignar ese intervalo se basó en las opiniones del equipo encargado del IRA sobre la transmisión mecánica[468] y la que se produce por medio de insectos[469], en las que se "reconoc[ía] explícitamente que, en algunas circunstancias, las posibilidades de exposición serían cero".[470]

323. Los valores cuantitativos asignados a la exposición se combinaron luego con los valores asignados a las probabilidades de importación, proximidad, radicación y propagación utilizando el programa @Risk para generar una estimación de la probabilidad anual de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano. El valor cuantitativo calculado para esta última probabilidad se convirtió, sobre la base de la nomenclatura, en la puntuación cualitativa de "muy baja".[471] Esta puntuación cualitativa de "muy baja" se emparejó con la puntuación de "altas" asignada a las posibles consecuencias de la niebla del peral y del manzano en la "matriz de estimación del riesgo"[472] para llegar a la estimación de que el riesgo anual en situación sin control de la niebla del peral y del manzano es "bajo", con lo que se supera el nivel adecuado de protección de protección de Australia, que es "muy bajo".

324. Este ejemplo pone de manifiesto que, si la correspondencia en la nomenclatura del IRA no se pudiera justificar objetivamente, ello podría haber tenido repercusiones en el resultado global de la

---

[466] Véase *supra*, párrafo 147 del presente informe.

[467] Véase el cuadro reproducido *supra*, párrafo 147 del presente informe.

[468] Por transmisión mecánica se entiende, por ejemplo, la transmisión por la exposición de los trabajadores y el equipo a la plaga. (*Supra*, nota 226 del presente informe)

[469] Por transmisión por medio de insectos se entiende la transferencia de bacterias a una planta hospedante vulnerable por insectos que han estado presentes en manzanas desechadas. (S*upra*, nota 227 del presente informe)

[470] *Supra*, párrafo 151 del presente informe.

[471] De hecho, utilizando las dos medidas alternativas con respecto a la proximidad, el IRA generó dos valores de probabilidad, ambas comprendidas en la categoría "muy baja" en la nomenclatura del IRA. (S*upra*, párrafo 152 y nota 232 del presente informe)

[472] Reproducido *supra*, párrafo 147 del presente informe.

evaluación del riesgo. En concreto, la asignación de un valor de probabilidad que no se ajusta objetivamente a la definición de probabilidad "insignificante" del propio IRA como la correspondiente a un suceso "que casi con toda seguridad no tendría lugar" tiene por efecto incrementar la probabilidad global de importación y puede dar lugar a una sobrevaloración del riesgo anual en situación sin control. En nuestra opinión, esto demuestra también que, en la medida en que las deficiencias metodológicas del IRA, en particular la elección del intervalo de probabilidades de 0 a 10^{-6} para los sucesos con una probabilidad insignificante de que se produzcan, exageran el riesgo evaluado, el Grupo Especial constató correctamente que demostraban por sí solas la incompatibilidad de las MSF de Australia con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

325. Por último, tomamos nota del argumento de Nueva Zelandia de que el IRA no explica las razones por las que intervalos que se establecieron en un contexto diferente eran adecuados en el contexto de las manzanas, que se comercializan en cientos de millones de unidades al año.[473] A este respecto, observamos que, cuando se combina con una distribución uniforme, un intervalo cuantitativo utilizado para estimar un riesgo sobre la base del volumen anual de unidades importadas arrojará resultados muy diferentes según que el producto en cuestión se importe en cantidades muy grandes de unidades al año o en cantidades más modestas.

326. Teniendo en cuenta lo que antecede, no consideramos que el Grupo Especial haya interpretado erróneamente la metodología utilizada en el IRA. Por consiguiente, Australia no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con el artículo 11 del ESD al evaluar la metodología de evaluación del riesgo de Australia.

C. *Conclusión*

327. Por las razones anteriormente mencionadas, constatamos que Australia no ha establecido que, en el trato que dio al testimonio de los expertos o de la metodología de evaluación del riesgo del IRA, el Grupo Especial no haya hecho una evaluación objetiva del asunto, de conformidad con el artículo 11 del ESD.

[473] Comunicación del apelado presentada por Nueva Zelandia, párrafo 2.273.

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

328. Pasamos a continuación a la apelación de Australia respecto de la constatación del Grupo Especial según la cual las medidas de Australia concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM entrañan un grado de restricción del comercio mayor del requerido y, por lo tanto, son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[474] Al principio de su análisis de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo de esta disposición, el Grupo Especial señaló que, para probar una infracción del párrafo 6 del artículo 5, un reclamante debe demostrar que hay una medida alternativa: i) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; ii) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro importador; y iii) que es significativamente menos restrictiva del comercio que la o las MSF en litigio en la diferencia.[475] El Grupo Especial consideró que estos tres elementos tienen carácter acumulativo y observó que las partes estaban de acuerdo a ese respecto.[476]

329. Con respecto a la carga de la prueba, el Grupo Especial afirmó que, a fin de establecer una incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5, un reclamante debe acreditar *prima facie* que existe una medida alternativa que reúne los tres elementos del párrafo 6 del artículo 5. En consecuencia, el Grupo Especial señaló que correspondía a Nueva Zelandia demostrar que se cumplen las tres condiciones del criterio establecido en el párrafo 6 del artículo 5.[477]

330. Como medida alternativa para limitar el riesgo de la niebla del peral y del manzano, el Grupo Especial examinó la limitación de las importaciones procedentes de Nueva Zelandia a las manzanas maduras asintomáticas.[478] Como medida alternativa para limitar el riesgo de la ALCM, el Grupo Especial examinó la exigencia de inspeccionar una muestra de 600 frutas de cada lote de importación y aplicar un tratamiento apropiado al lote o rechazarlo en caso de que se constatara la presencia

---

[474] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1403 y 8.1 e); véanse también los párrafos 7.1197 y 7.1266 (con respecto a la niebla del peral y del manzano); y los párrafos 7.1328 y 7.1365 (con respecto a la ALCM).

[475] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1098 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 194; y el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 95).

[476] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1098.

[477] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1104 y 7.1105.

[478] El Grupo Especial observó que Nueva Zelandia había indicado posibles medidas alternativas adicionales, pero había descartado inmediatamente dichas alternativas porque se basaban en la suposición incorrecta de que las manzanas maduras asintomáticas son vectores de la niebla del peral y del manzano, y que Nueva Zelandia no había desarrollado argumentos para las alternativas adicionales con respecto a las tres condiciones del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Por lo tanto, el Grupo Especial restringió su análisis en el marco del párrafo 6 del artículo 5 por lo que respecta a la niebla del peral y del manzano solamente a la alternativa consistente en limitar las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1109-7.1118)

de ALCM en la muestra.[479] Observamos que la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia con respecto a la niebla del peral y del manzano -limitar las importaciones de manzanas a las manzanas maduras asintomáticas- es igual a la hipótesis de "riesgo en situación sin control" evaluada en el IRA.[480] Aunque el texto utilizado en el IRA al describir el "punto de partida" de su análisis era ligeramente distinto del utilizado por Nueva Zelandia para describir su medida alternativa, los participantes confirmaron en la audiencia de esta apelación que los dos textos son fundamentalmente iguales.[481] Además, la medida alternativa de Nueva Zelandia relativa a la ALCM es igual a la primera opción de la medida 14, salvo que el tamaño de la muestra en la medida alternativa de Nueva Zelandia (600 frutas) es inferior al de la muestra en la primera opción de la medida 14 (3.000 frutas).[482]

331. Tras aplicar el criterio de tres elementos de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5 a la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia para limitar el riesgo de la niebla del peral y del manzano, el Grupo Especial constató que la limitación de las importaciones procedentes de Nueva Zelandia a las manzanas maduras asintomáticas cumplía dicho criterio. En primer lugar, el Grupo Especial constató que Australia no había cuestionado directamente que la medida alternativa estaría razonablemente disponible, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica.[483] En segundo lugar, el Grupo Especial constató que Nueva Zelandia había acreditado una "presunción suficientemente convincente" de que limitar las importaciones procedentes de Nueva Zelandia a las manzanas maduras asintomáticas satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia[484], a saber, "proporciona[r] un nivel alto de protección sanitaria o fitosanitaria destinada a reducir el riesgo hasta

---

[479] El Grupo Especial observó que Nueva Zelandia había aducido que una de las medidas alternativas adicionales que había sugerido con respecto a la niebla del peral y del manzano sería también una medida alternativa con respecto a la ALCM. El Grupo Especial limitó su evaluación solamente a una medida alternativa, a saber, la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote de importación. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1267-7.1284)

[480] El objeto del IRA es la importación de manzanas neozelandesas maduras libres de desechos. Además, la práctica agronómica comercial habitual constituye la base para el examen de las medidas de gestión del riesgo. Una de las características de la práctica agronómica comercial habitual es que la fruta esté libre de síntomas de la niebla del peral y del manzano. Habida cuenta de que los procedimientos de producción y las prácticas de lucha contra las plagas en los huertos de manzanas, así como los procesos de los almacenes de embalaje utilizados en Nueva Zelandia, tienen por objeto asegurar que las manzanas para la exportación estén libres de síntomas visibles de niebla del peral y del manzano y de desechos y cumplan las normas de exportación comercial, esto constituye el punto de partida para el examen de las medidas de gestión del riesgo en el IRA. (Véase el IRA, Parte B, página 105; véase también la página 9)

[481] Australia dijo "[i]ndudablemente, sí. En cuanto al fondo, son iguales". Nueva Zelandia señaló que "no hay una diferencia significativa entre los dos" y que ambos se refieren a "las manzanas que Nueva Zelandia exportaría realmente a Australia". (Respuestas de Australia y Nueva Zelandia a las preguntas formuladas en la audiencia)

[482] Los participantes confirmaron, en la audiencia de esta apelación, que en el marco de la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia, que preveía un tamaño de muestra de 600 unidades, la detección de artrópodos vivos susceptibles de cuarentena también tendría como resultado la aplicación de un tratamiento apropiado o el rechazo de la exportación.

[483] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1257 y 7.1258.

[484] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197.

un nivel muy bajo, pero no hasta cero".[485] En tercer lugar, el Grupo Especial constató que limitar las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas es significativamente menos restrictivo del comercio que las medidas de Australia contra la niebla del peral y del manzano que eran objeto de litigio.[486] Teniendo en cuenta estas constataciones, el Grupo Especial concluyó que Nueva Zelandia había demostrado que su medida alternativa respecto de la niebla del peral y del manzano cumple las tres condiciones acumulativas del párrafo 6 del artículo 5.[487]

332. El Grupo Especial aplicó seguidamente el mismo criterio a la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia para limitar al riesgo de la ALCM, y constató que la exigencia de inspeccionar una muestra de 600 frutas de cada lote de importación y aplicar un tratamiento apropiado al lote o rechazarlo en caso de que se constatara la presencia de ALCM en la muestra cumplía también las tres condiciones del criterio establecido en el párrafo 6 del artículo 5. El Grupo Especial constató que Australia no había cuestionado que la medida alternativa estaría razonablemente disponible, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica.[488] El Grupo Especial constató también que Nueva Zelandia había logrado acreditar *prima facie* que exigir la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote de importación satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia.[489] Además, el Grupo Especial constató que exigir la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote de importación es significativamente menos restrictivo del comercio que la medida de Australia contra la ALCM en litigio.[490] Teniendo en cuenta estas constataciones, el Grupo Especial concluyó que Nueva Zelandia había demostrado que su medida alternativa respecto de la ALCM cumple las tres condiciones acumulativas del párrafo 6 del artículo 5.[491]

333. Sobre la base de este análisis, el Grupo Especial concluyó que las medidas de Australia concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM entrañan un grado de restricción del comercio mayor del requerido y, por lo tanto, son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[492]

---

[485] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1121 y 7.1136.

[486] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1265. Recordamos que las medidas de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano son las medidas 1 a 8, enunciadas *supra* en el párrafo 125 del presente informe.

[487] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1266.

[488] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1335 y 7.1336.

[489] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1328.

[490] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1364. Recordamos que la medida de Australia relativa a la ALCM es la medida 14, enunciada *supra* en el párrafo 125 del presente informe.

[491] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1365.

[492] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1403 y 8.1 e); véanse también los párrafos 7.1197 y 7.1266 (con respecto a la niebla del peral y del manzano); y los párrafos 7.1328 y 7.1365 (con respecto a la ALCM). El Grupo Especial constató también, en los párrafos 7.1252 y 7.1266 de su informe, que las medidas de Australia concernientes al chancro del manzano y del peral eran incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5.

334. Australia apela contra la constatación general de incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5 formulada por el Grupo Especial. La apelación de Australia se limita a las constataciones del Grupo Especial de que las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia satisfacen el nivel adecuado de protección de Australia.[493] Australia aduce que el Grupo Especial incurrió en error de derecho, en particular al constatar que Nueva Zelandia había acreditado una presunción suficientemente convincente de que limitar las importaciones de manzanas de Nueva Zelandia a las manzanas maduras asintomáticas era una medida alternativa con respecto a la niebla del peral y del manzano que satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia[494]; y al constatar que Nueva Zelandia había acreditado *prima facie* que la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote de importación sería una medida alternativa con respecto a la ALCM que satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia.[495]

335. Australia plantea varias alegaciones con respecto a estas constataciones del Grupo Especial. Australia aduce que la constatación general del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 debería revocarse necesariamente en caso de revocación de las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2. Australia sostiene además que el Grupo Especial interpretó erróneamente las prescripciones del párrafo 6 del artículo 5 y aplicó de manera inadecuada las reglas de la carga de la prueba al exigir a Nueva Zelandia que demostrara solamente que las medidas alternativas que proponía "podrían" o "podían" lograr el nivel adecuado de protección de Australia, en lugar de exigir una demostración de que lo "lograrían". Australia alega también que el Grupo Especial no examinó si una evaluación del riesgo "adecuada" habría abocado necesariamente a la conclusión de que las medidas alternativas "lograrían" el nivel adecuado de protección de Australia. Australia sostiene además que el Grupo Especial interpretó erróneamente las palabras "nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria" del párrafo 6 del artículo 5, porque centró su análisis de las medidas alternativas únicamente en la probabilidad de entrada, radicación o propagación de una plaga y no tuvo en cuenta las "posibles consecuencias biológicas y económicas conexas".

Además, el Grupo Especial constató, en el párrafo 7.1402 de su informe, que Nueva Zelandia no había demostrado que las medidas "generales" de Australia son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5.

[493] Australia no ha apelado contra las constataciones del Grupo Especial con respecto a las condiciones primera y tercera del párrafo 6 del artículo 5, es decir, con respecto a la disponibilidad de las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia o su grado relativo de restricción del comercio. Australia tampoco ha apelado contra las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* con respecto a las medidas relativas al chancro del manzano y del peral.

[494] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197.

[495] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1328.

A. *Párrafo 6 del artículo 5 y nota 3*

336. El párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y la nota 3 a dicho párrafo establecen lo siguiente:

> Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.[3]
>
> [3] A los efectos del párrafo 6 del artículo 5, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

337. En *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación constató que el párrafo 6 del artículo 5 y, en particular, la nota de esa disposición, establecen un criterio de tres elementos para determinar la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5. Esa infracción se establecerá en los casos en que exista una medida, distinta de la medida impugnada:

i) que esté razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica;

ii) con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; y

iii) que sea significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.[496]

Estas tres condiciones son acumulativas, es decir que todas ellas deben concurrir para establecer una incompatibilidad con el párrafo 6 del artículo 5. En caso de que no concurra alguna de ellas, la medida en litigio será compatible con el párrafo 6 del artículo 5.[497] Al determinar si se han cumplido las dos primeras condiciones, un grupo especial debe centrar su evaluación en la medida alternativa propuesta. Un grupo especial necesitará comparar la medida alternativa propuesta con la MSF impugnada únicamente al examinar si se cumple la tercera condición.

[496] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 194.
[497] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 194.

338. El artículo 2 del *Acuerdo MSF*, titulado "Derechos y obligaciones básicos", proporciona un contexto pertinente al sentido del párrafo 6 del artículo 5. En particular, el párrafo 2 del artículo 2 dispone lo siguiente:

> Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.

339. El Órgano de Apelación ha observado que el párrafo 2 del artículo 2 "inspira"[498] y "da[] sentido"[499] a otras disposiciones del *Acuerdo MSF*, y "se pone en aplicación en"[500] dichas disposiciones, que incluyen algunas de las obligaciones más específicas previstas en el artículo 5, titulado "Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria". En consecuencia, en *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación afirmó que "el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5 se deben leer constantemente juntos. El párrafo 2 del artículo 2 inspira al párrafo 1 del artículo 5: los elementos que definen la obligación básica establecida en el párrafo 2 del artículo 2 dan sentido al párrafo 1 del artículo 5".[501] El mismo tipo de relación existe entre el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 2 del artículo 5 y entre el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5. A este respecto, tomamos especial nota de las similitudes existentes entre la prescripción del párrafo 2 del artículo 2 de que los Miembros apliquen sus MSF "sólo ... en cuanto sea necesari[o] para proteger", y la prescripción del párrafo 6 del artículo 5 de que las MSF "no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr" los objetivos pertinentes.

340. El Órgano de Apelación también ha señalado que desde el punto de vista jurídico existe una relación unidireccional de dependencia entre las disposiciones más específicas del párrafo 1 o el párrafo 2 del artículo 5, por un lado, y las disposiciones más generales del párrafo 2 del artículo 2, por otro. Por tanto, el Órgano de Apelación ha señalado que cabe presumir que una infracción del párrafo 1 o el párrafo 2 del artículo 5 entraña una infracción del párrafo 2 del artículo 2, pero no a la inversa -es decir, que una infracción del párrafo 2 del artículo 2 no entraña una infracción del

---

[498] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 180.

[499] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 180.

[500] Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 674.

[501] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 180. De manera análoga, con respecto a la relación entre el párrafo 3 del artículo 2 y el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Órgano de Apelación constató que el párrafo 5 del artículo 5 debe leerse en el contexto del párrafo 3 del artículo 2, y que cabe observar que el párrafo 5 del artículo 5 traza y detalla una vía particular que conduce al mismo destino establecido en el párrafo 3 del artículo 2. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 212)

párrafo 1 o el párrafo 2 del artículo 5-.[502] La cuestión de si existe una relación similar entre el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 todavía no ha sido decidida de manera concluyente, y no es una cuestión que se haya planteado en esta apelación[503], aunque se ha sugerido que esa relación efectivamente existe.[504]

341. Por consiguiente, si bien se han aclarado varios aspectos de estas relaciones -entre los derechos y obligaciones básicos previstos en el artículo 2, en particular en su segundo párrafo, por un lado, y el desarrollo más específico de dichas obligaciones básicas en el artículo 5, por otro-, las relaciones existentes entre los diversos párrafos del artículo 5 todavía no han sido objeto de un análisis profundo. Como cuestión general, consideramos que los diversos párrafos del artículo 5 prevén obligaciones jurídicas distintas que los Miembros deben cumplir. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 5 tiene por objeto asegurar que las MSF de los Miembros tengan un fundamento científico adecuado, mientras que el párrafo 6 del artículo 5 tiene por objeto asegurar que se impongan límites adecuados al grado de restricción del comercio de las MSF de los Miembros. Un reclamante puede impugnar la compatibilidad de una MSF específica con estas dos obligaciones o con cualquiera de ellas. Cuando un reclamante trata de establecer la existencia de incumplimientos de ambas obligaciones, algunas de las circunstancias fácticas en que decida basarse para establecer un incumplimiento de una obligación pueden ser también pertinentes a las pruebas en que se base para establecer un incumplimiento de la otra, y distinta, obligación, y pueden debidamente formar parte de dichas pruebas. Sin embargo, las obligaciones previstas en el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 6 del mismo artículo no son dependientes entre sí. En consecuencia, el análisis jurídico de la compatibilidad de una MSF con el párrafo 1 del artículo 5 es independiente y distinto del análisis jurídico de la compatibilidad de esa medida con el párrafo 6 del artículo 5. El incumplimiento de una obligación no entraña, sin más, el incumplimiento de la otra. Como opinó el Órgano de Apelación en

---

[502] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 138.

[503] El Grupo Especial constató una infracción del párrafo 1 del artículo 5 y, por lo tanto, del párrafo 2 del artículo 2. Tras haber constatado también una infracción del párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal con respecto a la alegación adicional de Nueva Zelandia de que "las medidas, *al* ser más restrictivas del comercio de lo necesario, también infringen la prescripción del párrafo 2 del artículo 2 de que una medida 'sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales'". (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1404 (donde se cita la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 4.540 (sin cursivas en el original)), 7.1409 y 7.1410) Ninguno de los participantes ha apelado contra la decisión del Grupo Especial de aplicar el principio de economía procesal con respecto a esta alegación.

[504] Tras referirse a la expresión "en cuanto sea necesaria" del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, el Órgano de Apelación observó, en una nota de su informe en *Australia - Salmón*, que:

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

(Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, nota 166 al párrafo 213)

Australia - Salmón, una MSF que es compatible con el párrafo 1 del artículo 5 puede, no obstante, ser incompatible con el párrafo 5 del artículo 5, con el párrafo 6 de dicho artículo, o con ambos.[505]

342. Esta apelación se refiere a la segunda condición prevista en el párrafo 6 del artículo 5, a saber, que una medida alternativa debe satisfacer el nivel adecuado de protección del Miembro importador. La expresión "nivel adecuado de protección sanitario o fitosanitario" se define en el párrafo 5 del Anexo A del *Acuerdo MSF* como "[n]ivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio". En la nota del párrafo 5 del Anexo A se explica que el concepto de nivel adecuado de protección se denomina también "nivel de riesgo aceptable". El Órgano de Apelación ha declarado que es una "prerrogativa"[506] de los Miembros de la OMC fijar el nivel de protección que estimen adecuado[507], y ha explicado que la determinación del "nivel de protección es un elemento del proceso de adopción de decisiones que precede lógicamente al establecimiento o mantenimiento de la MSF y es distinto de ellos".[508]

343. El Órgano de Apelación también ha constatado que el *Acuerdo MSF* impone tácitamente a los Miembros de la OMC que mantengan una MSF la obligación de establecer y especificar su nivel adecuado de protección.[509] De otro modo, y en especial al evaluar si una MSF es compatible con el párrafo 6 del artículo 5, resultaría imposible examinar si con medidas alternativas se logra el nivel adecuado de protección.[510] Si bien no hay una obligación de fijar el nivel adecuado de protección en términos cuantitativos, un Miembro no puede establecer su nivel en términos tan ambiguos o equívocos que resulte imposible la aplicación de las disciplinas pertinentes del *Acuerdo MSF*, incluida la obligación prevista en el párrafo 6 del artículo 5.[511]

344. En el marco del párrafo 6 del artículo 5, para evaluar si está disponible una medida alternativa significativamente menos restrictiva del comercio que satisfaría el nivel adecuado de protección, consideramos que un grupo especial debe identificar el nivel de protección que el Miembro

---

[505] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 224.

[506] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 199. (no se reproducen las cursivas)

[507] Si bien es una prerrogativa de los Miembros de la OMC elegir su nivel de protección, el *Acuerdo MSF* establece determinadas disciplinas que un Miembro debe respetar cuando lo haga. (Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 1088 al párrafo 523)

[508] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 203. (no se reproducen las cursivas)

[509] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 206. El Órgano de Apelación basó su razonamiento, en parte, en el texto de los párrafos 3 y 4 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En el párrafo 3 del artículo 5 se hace referencia a "determinar la medida que habrá de aplicarse para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria", y en el párrafo 4 de ese mismo artículo se exige que "[a]l determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio".

[510] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 205.

[511] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 206.

importador ha fijado como su nivel adecuado, y el nivel de protección que se lograría con la medida alternativa propuesta por el reclamante.[512] Una vez hecho esto, el grupo especial podrá realizar la necesaria comparación entre el nivel de protección que se lograría con la medida alternativa y el nivel adecuado de protección del Miembro importador. Si el nivel de protección que se logra con la medida alternativa propuesta satisface o supera el nivel adecuado de protección (suponiendo que se cumplan las otras dos condiciones del párrafo 6 del artículo 5) la MSF del Miembro importador entraña un grado de restricción del comercio mayor del necesario para lograr el nivel de protección que desea.

B. *Apelación de Australia*

1. La cuestión de si la constatación del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 fue consecuencia de las constataciones que formuló en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*

345. Australia solicita al Órgano de Apelación que, en caso de que revoque las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, revoque la constatación del Grupo Especial de que las medidas de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano y la ALCM son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5. Australia afirma que el Grupo Especial formuló su constatación en el marco del párrafo 6 del artículo 5 en gran medida como consecuencia de su constatación de que el IRA no era una evaluación del riesgo válida en el sentido del párrafo 1 del artículo 5.[513] Por consiguiente, Australia sostiene que, si el Órgano de Apelación revoca las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2, el fundamento de la constatación que el Grupo Especial formuló en el marco del párrafo 6 del artículo 5 desaparecería, ya que ésta no podría sostenerse por sí misma.

346. Hemos confirmado las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.[514] Por tanto, no hay fundamento para una revocación consiguiente de la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5. En cualquier caso, no estamos convencidos de que, como cuestión de principio, una revocación de las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 2 exigiera necesariamente la revocación de la constatación del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5. Como se ha señalado *supra*, las obligaciones previstas en el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 6 del mismo artículo no son

[512] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 208.
[513] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 165.
[514] Véase *supra*, párrafo 262 del presente informe.

dependientes entre sí. El incumplimiento de una obligación no entraña, sin más, el incumplimiento de la otra. En consecuencia, incluso si revocáramos las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 del artículo 5, algo que no hacemos, eso no exigiría necesariamente la revocación de la constatación del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5.

347. Al mismo tiempo, cuando un reclamante formula alegaciones de que la misma MSF es incompatible tanto con el párrafo 1 del artículo 5 como con el párrafo 6 de ese mismo artículo, es posible que elementos fácticos pertinentes al análisis en el marco de una disposición sean también pertinentes al análisis en el marco de la otra disposición. Como se explica *infra*, entendemos que muchos de los argumentos planteados por Australia en apoyo de su apelación respecto de la constatación del Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* guardan relación con dichos elementos fácticos y con la manera en que el Grupo Especial los abordó.

2. Los supuestos errores del análisis de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 realizado por el Grupo Especial

348. Además de solicitar la revocación de la constatación formulada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5 como consecuencia lógica, Australia sostiene que esa constatación debe revocarse también debido a varios supuestos errores de interpretación y aplicación de ese párrafo. Según Australia, al abordar la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial formuló una pregunta equivocada desde el punto de vista jurídico y, debido a su "afán" de evitar la realización, no admisible, de un examen *de novo*, no se aseguró "positivamente, sobre la base de las pruebas y los argumentos presentados por Nueva Zelandia, de que las medidas alternativas 'lograrían'" el nivel adecuado de protección de Australia.[515] Australia sostiene que el Grupo Especial debería haber analizado si una evaluación del riesgo adecuada habría llegado necesariamente a la conclusión de que las medidas alternativas lograrían el nivel adecuado de protección de Australia, y alega que, en lugar de ello, el Grupo Especial se basó en su constatación en el marco del párrafo 1 del artículo 5 acerca de la insuficiencia del IRA para constatar que se había demostrado la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5.[516] Según Australia, la supuesta invalidez del IRA, permitía concluir al Grupo Especial, como mucho, que no cabía excluir la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5, y no a que ésta había quedado demostrada. Por tanto, el Grupo Especial se preguntó erróneamente si las medidas alternativas "podían" o "podrían" lograr el nivel adecuado de protección, y no actuó correctamente al basarse en pruebas que "sugieren" o "dejan abierta" la incompatibilidad de las medidas de Australia

[515] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 180. (no se reproduce el subrayado)
[516] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 181.

con el *Acuerdo MSF*, o "arrojan dudas sobre" su compatibilidad.[517] Además, según Australia, el Grupo Especial no formuló la constatación fáctica positiva que habría sido necesaria para constatar una infracción del párrafo 6 del artículo 5, en el sentido de que las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia satisfarían el nivel adecuado de protección de Australia.

349. En sí mismas, las alegaciones de Australia se refieren al planteamiento analítico global adoptado por el Grupo Especial al evaluar la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5. Por consiguiente, nos ocuparemos en primer lugar del enfoque analítico aplicado por el Grupo Especial al párrafo 6 del artículo 5.

a) Enfoque analítico aplicado por el Grupo Especial al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

350. El análisis de la cuestión de si Nueva Zelandia había establecido la presunción de que las medidas alternativas que proponía satisfarían el nivel adecuado de protección de Australia por el Grupo Especial comprendió dos etapas. El Grupo Especial explicó su enfoque en dos etapas como sigue:

> [E]l Grupo Especial evaluará *en primer lugar* si Nueva Zelandia ha demostrado que el cálculo del riesgo resultante de la importación de manzanas de Nueva Zelandia efectuado por Australia es exagerado. Si Nueva Zelandia presenta argumentos convincentes, arrojaría dudas sobre si el riesgo superaría el nivel adecuado de protección de Australia en la medida calculada por el IRA, y justificaría la adopción de medidas de gestión del riesgo tan estrictas como las desarrolladas por el IRA. También arrojaría dudas sobre si el riesgo de las tres plagas en cuestión necesariamente excede del nivel adecuado de protección de Australia y justifica la adopción de alguna medida de gestión del riesgo. Dado que las medidas de gestión del riesgo sólo son necesarias si el riesgo excede del nivel adecuado de protección, *en caso de que haya dudas* de que el riesgo exceda del nivel adecuado de protección en la medida calculada, *o simplemente dudas* de que exceda del nivel adecuado de protección, procederá que el Grupo Especial pase a considerar si la medida alternativa menos estricta sugerida por Nueva Zelandia puede satisfacer el nivel adecuado de protección de Australia.
>
> *En segundo lugar*, el Grupo Especial evaluará *más directamente* si, suponiendo que las medidas de gestión del riesgo sean necesarias, las medidas alternativas debidamente identificadas por Nueva Zelandia podrían reducir suficientemente el riesgo hasta el nivel adecuado de protección de Australia o por debajo de él. Evidentemente, el Grupo Especial no puede realizar *de novo* una evaluación del riesgo. Incumbe al Grupo Especial evaluar si Nueva Zelandia ha acreditado

[517] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 169.

> una presunción, no refutada con éxito por Australia, de que las medidas alternativas tienen efectos suficientes de reducción del riesgo. El Grupo Especial analizará si Nueva Zelandia ha presentado suficientes indicios de ese efecto de reducción del riesgo, y examinará lo que los expertos dicen sobre ese efecto. Determinará también si el IRA evaluó las alternativas identificadas por Nueva Zelandia, y -si fueron evaluadas- si su rechazo final por el IRA estaba justificado.[518] (sin subrayar y sin cursivas en el original)

351. Además, por lo que respecta al enfoque que adoptó el Grupo Especial para analizar la segunda condición del párrafo 6 del artículo 5, éste declaró que no debía realizar un examen *de novo*[519] y que tenía que tener cuidado de no pasar "a realizar[lo]".[520]

352. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, Nueva Zelandia declaró que consideraba que el enfoque en dos etapas era "sensato" en las circunstancias de la presente diferencia. Australia admitió que el enfoque en dos etapas era "correcto" en la medida en que con él se reconocía que si Australia hubiese constatado, en una evaluación del riesgo válida, que las medidas alternativas no satisfacían su nivel adecuado de protección, ello habría excluido una constatación de infracción del párrafo 6 del artículo 5. La Unión Europea, el Japón y los Estados Unidos respondieron que no era necesario que el Grupo Especial llevase a cabo la primera etapa de su análisis.

353. También se preguntó a los participantes si entendían que la última frase del párrafo 7.1143 del informe del Grupo Especial (subrayada en la cita *supra*) significaba que el Grupo Especial consideraba que sólo podía pasar a la segunda etapa de su análisis después de haber constatado un incumplimiento del párrafo 1 del artículo 5. Australia interpretaba que el Grupo Especial consideraba que sólo podía pasar a la segunda etapa de su análisis después de haber constatado un incumplimiento del párrafo 1 del artículo 5, y manifestó que eso era lo correcto. Nueva Zelandia entendía que el Grupo Especial se había limitado a plantear la cuestión de si la evaluación del riesgo de Australia era exagerada y a remitirse, para responder a esa pregunta, a las constataciones fácticas que había formulado al analizar la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 del artículo 5. La Unión Europea interpretaba que la frase implicaba que para llegar a la segunda etapa era imprescindible completar antes la primera, lo que le parecía cuestionable. Según el Japón, cabía considerar que la declaración del Grupo Especial establecía una regla general para los análisis del párrafo 6 del artículo 5, lo que a su juicio resultaba problemático. Los Estados Unidos no entendían que el Grupo Especial hubiese dicho que sólo podía pasar a la segunda etapa de su análisis por haber formulado una constatación de incompatibilidad en relación con el párrafo 1 del artículo 5.

---

[518] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1143 y 7.1144.
[519] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1134.
[520] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1193.

354. A nuestro juicio, el enfoque adoptado por el Grupo Especial en relación con el párrafo 6 del artículo 5 plantea varios problemas. En lo que respecta, en primer lugar, al enfoque "en dos etapas", no consideramos que haya base en el párrafo 6 del artículo 5 para exigir a un reclamante que plantee una alegación al amparo de esa disposición que establezca que, al evaluar el riesgo, el Miembro importador ha sobrevalorado el riesgo asociado al producto importado, o ha incurrido en error al concluir que las MSF son realmente necesarias. No estamos de acuerdo con la sugerencia del Grupo Especial de que sólo es posible realizar un análisis "directo" de la cuestión de si un reclamante ha logrado probar que la medida alternativa que propone satisface el segundo requisito del párrafo 6 del artículo 5 una vez que el reclamante haya "arrojado dudas" sobre la evaluación del riesgo del Miembro importador.[521] Como hemos dicho anteriormente, las obligaciones establecidas en el párrafo 1 y en el párrafo 6 del artículo 5 son distintas y jurídicamente independientes entre sí. Por consiguiente, el Grupo Especial estaba obligado a realizar su propio análisis de la cuestión de si las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia lograrían el nivel adecuado de protección de Australia.[522] De hecho, los reclamantes pueden impugnar la compatibilidad de una medida con el párrafo 6 del artículo 5 sin alegar al mismo tiempo una infracción del párrafo 1 del artículo 5. En ese caso, al igual que en la presente diferencia, el análisis del párrafo 6 del artículo 5 realizado por el grupo especial debía ser independiente.

355. El Grupo Especial debía evaluar, él mismo, si las medidas alternativas (no las MSF en litigio) satisfacían el nivel adecuado de protección. La labor del Grupo Especial no era examinar la determinación formulada por una autoridad nacional sobre esa cuestión o sobre cualquier otra, sino determinar si las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia lograrían el nivel adecuado de

[521] Reconocemos que es posible que dos circunstancias concretas que concurren en la presente diferencia movieran al Grupo Especial a adoptar un enfoque de ese tipo, sobre todo al evaluar la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia para la niebla del peral y del manzano. En primer lugar, esa medida -la limitación de la importación de manzanas a las manzanas maduras asintomáticas- coincide con la hipótesis de "riesgo en situación sin control" evaluada en el IRA. Aunque las palabras utilizadas por el IRA para describir el "punto de partida" de su análisis eran ligeramente diferentes de las utilizadas por Nueva Zelandia para describir su medida alternativa, los participantes confirmaron en la audiencia celebrada en esta apelación que en esencia ambas eran lo mismo. Por tanto, el IRA evaluaba el riesgo resultante de la importación de manzanas maduras asintomáticas. En segundo lugar, la única defensa de Australia frente a la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 era que el IRA ya había tenido en cuenta las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia y había constatado que no satisfacían el nivel adecuado de protección de Australia. En otras palabras, la defensa de Australia consistía en que el IRA ya había evaluado las alternativas propuestas por Nueva Zelandia y las había rechazado porque no satisfacían el nivel adecuado de protección de Australia. Ante estas circunstancias fácticas concretas, es posible que el Grupo Especial considerase que, como "primera" etapa o etapa preliminar, debía comprobar si la respuesta dada por el IRA a la pregunta de si las medidas alternativas satisfacían el nivel adecuado de protección de Australia podía afectar a la posibilidad de que el Grupo Especial respondiese a esa misma pregunta.

[522] Observamos que Nueva Zelandia se basó en gran medida en los mismos hechos y pruebas en las alegaciones que formuló tanto al amparo del párrafo 1 como del párrafo 6 del artículo 5. Sin embargo, el Grupo Especial no debería haber interpretado que eso significaba que los análisis jurídicos correspondientes a las dos disposiciones debiesen solaparse.

protección de Australia. Para llegar a una conclusión afirmativa, debía haberse basado en la constatación positiva de que Nueva Zelandia había demostrado sus argumentos, y no en constataciones negativas, como la constatación de que Nueva Zelandia había "arrojado dudas" sobre la evaluación del riesgo de Australia. Además, al realizar su propia evaluación de la argumentación de Nueva Zelandia, el Grupo Especial podía estructurar su análisis de la forma que considerase apropiada, dentro de los límites de su deber de hacer una evaluación objetiva. Por consiguiente, al examinar el riesgo asociado a la medida alternativa no estaba obligado a adoptar la misma metodología o estructura empleada por el IRA en su análisis del riesgo de plagas.

356. Al examinar más detenidamente el enfoque adoptado por el Grupo Especial para analizar si las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia satisfacían el nivel adecuado de protección de Australia, observamos que el Grupo Especial declaró en repetidas ocasiones que debía tener cuidado de no pasar "a realizar un examen *de novo*".[523] La precaución del Grupo Especial estaba, no obstante, fuera de lugar. Es conveniente que los grupos especiales tengan cuidado de no realizar un examen *de novo* cuando examinan una evaluación del riesgo realizada por las autoridades del Miembro importador en el contexto del párrafo 1 del artículo 5, pero la situación es diferente cuando se trata de una alegación formulada al amparo del párrafo 6 del artículo 5. La cuestión jurídica objeto del párrafo 6 del artículo 5 no es si las autoridades del Miembro importador han actuado de conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del *Acuerdo MSF* al realizar la evaluación del riesgo, sino si el Miembro importador podría haber adoptado una medida que entrañara un grado menor de restricción del comercio, lo que obliga al grupo especial a evaluar por sí mismo objetivamente, entre otras cosas, si la medida alternativa propuesta por el reclamante lograría el nivel adecuado de protección del Miembro importador. El hecho de que, en el presente caso, las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia en el contexto de su alegación al amparo del párrafo 6 del artículo 5 se hubieran evaluado también en el IRA no afectaba a la naturaleza de la tarea que corresponde al Grupo Especial en el marco del párrafo 6 del artículo 5.

357. El carácter erróneo del enfoque en dos etapas del Grupo Especial se pone de manifiesto a lo largo de todo el análisis de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5. Por ejemplo, en lo que se refiere a la niebla del peral y del manzano, al principio de su análisis de la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia, el Grupo Especial dedicó numerosas páginas a la "primera etapa", haciendo una extensa recapitulación de las diversas constataciones que

[523] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1193; véanse también los párrafos 7.1134 y 7.1135. De forma análoga, en el contexto de su análisis del párrafo 6 del artículo 5 en relación con la ALCM, el Grupo Especial declaró que "[tenía] que [...] examinar el IRA de Australia". (*Ibid.*, párrafo 7.1330)

había formulado en su análisis del párrafo 1 del artículo 5[524] antes de concluir que "a los efectos de su alegación al amparo del párrafo 6 del artículo 5, [Nueva Zelandia] ha demostrado que *el IRA de Australia sobreestima el riesgo de la niebla del peral y del manzano* resultante de las importaciones de manzanas neozelandesas".[525] Sin embargo, el hecho de que *el IRA* hubiese sobreestimado el riesgo de la niebla del peral y del manzano no era un elemento constitutivo de la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5, ni era pertinente a la cuestión de si Nueva Zelandia había establecido positivamente que *su medida alternativa* lograría el nivel adecuado de protección de Australia. Además, en el curso de toda la "segunda etapa" de su análisis, el Grupo Especial hizo repetidas referencias a su análisis del párrafo 1 del artículo 5 y se expresó en términos similares. Por ejemplo, recordó que, en su análisis del párrafo 1 del artículo 5, había examinado la evaluación que hizo el IRA de la posibilidad de que las manzanas maduras asintomáticas procedentes de Nueva Zelandia fueran portadoras de la niebla del peral y del manzano, y constató que esa parte del IRA "no tiene suficiente respaldo en los testimonios científicos en los que se apoya, y que en consecuencia no es coherente y objetiva".[526] Análogamente, el Grupo Especial examinó varias declaraciones de los expertos designados por él, la mayoría de las cuales cuestionaban la evaluación que hizo el IRA de varios riesgos, antes de concluir que "los expertos no consideraron que el IRA contiene testimonios científicos adecuados para sustentar la proposición de que la introducción de la niebla del peral y del manzano por medio de manzanas maduras ha tenido lugar o podría tener lugar".[527] La estructura del análisis que hizo el Grupo Especial de la medida alternativa propuesta para la ALCM es similar. En la conclusión de dicho análisis, el Grupo Especial manifiesta que "[a]l evaluar la segunda condición del criterio establecido en el párrafo 6 del artículo 5 el Grupo Especial tuvo que examinar si Nueva Zelandia había acreditado *prima facie* que su medida alternativa lograría" el nivel adecuado de protección de Australia.[528] A continuación, en la siguiente frase, afirma que "[l]o que el Grupo Especial tiene que hacer en la presente diferencia es examinar el IRA de Australia, no realizar su propia evaluación del riesgo".[529] A nuestro juicio, esta afirmación revela el error fundamental del

[524] Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1145-7.1153.

[525] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1153. (sin cursivas en el original) El Grupo Especial parece haber considerado que esta primera etapa era necesaria porque, "si la evaluación del riesgo [del IRA] es exagerada, puede haber motivos para creer que las medidas que están diseñadas para proteger de ese riesgo [(es decir, las medidas impugnadas)] también pueden ser exageradas, o demasiado estrictas". (*Ibid.*, párrafo 7.1142) Por consiguiente, al parecer el Grupo Especial consideró la primera etapa como una manera diferente de examinar el grado de restricción del comercio que entrañaban las medidas de Australia contra la niebla del peral y del manzano. Sin embargo, el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* establece un medio específico para examinar el grado de restricción del comercio que entraña una MSF impugnada: la realización de un análisis de posibles medidas alternativas que puedan lograr los mismos objetivos, es decir de la existencia de una *alternativa* razonablemente disponible que sea significativamente menos restrictiva del comercio.

[526] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1157.

[527] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1186.

[528] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1329.

[529] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1330.

enfoque del Grupo Especial, a saber, que parece haber asumido que, al no haber podido realizar su propio análisis del riesgo, la única manera de evaluar la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 consistía en *basarse en* su examen del IRA, lo que constituía una interpretación errónea de su función.

358. Por todas estas razones, consideramos que el Grupo Especial incurrió en error al adoptar el enfoque que siguió para analizar la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5. Como se basó indebidamente en constataciones que había formulado al examinar el IRA en el marco del párrafo 1 del artículo 5 y no formuló una constatación positiva de que las medidas alternativas de Nueva Zelandia satisfarían el nivel adecuado de protección de Australia, su constatación en el marco del párrafo 6 del artículo 5 carece de fundamento jurídico adecuado. Por consiguiente, *constatamos* que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que Nueva Zelandia había establecido la presunción de que la limitación de las importaciones de manzanas de Nueva Zelandia a las manzanas maduras asintomáticas constituía una medida alternativa contra la niebla del peral y del manzano que satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia[530]; e incurrió asimismo en error al concluir que Nueva Zelandia había establecido una presunción de que la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote importado sería una medida alternativa contra la ALCM que satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia.[531]

359. Por consiguiente, *revocamos* la constatación del Grupo Especial, recogida en los párrafos 7.1403 y 8.1 e) de su informe, según la cual las medidas en litigio de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano y la ALCM son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Al haber revocado esta constatación, debemos considerar si, en beneficio de la pronta solución de la presente diferencia, podemos completar el análisis y pronunciarnos sobre la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5.

b) Compleción del análisis

360. En primer lugar recordamos que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, corresponde al reclamante establecer una presunción de que hay una medida alternativa que satisface las tres condiciones aplicables.[532] Por consiguiente, el reclamante debe demostrar que hay una medida propuesta alternativa a la medida en litigio: i) razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; ii) con la que se consiga el nivel

[530] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1197. Véase también el párrafo 7.1266.
[531] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1328. Véase también el párrafo 7.1365.
[532] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 126.

adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria del Miembro; y iii) que es significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada.[533]

361. El Grupo Especial constató que las condiciones primera y tercera se cumplían tanto en el caso de la niebla del peral y del manzano como en el de la ALCM. Esas constataciones no son objeto de apelación. Por consiguiente, la única cuestión sobre la que hemos de pronunciarnos es si las medidas alternativas de Nueva Zelandia lograrían el nivel adecuado de protección de Australia.

362. Australia afirma que sólo puede constatarse que un reclamante ha satisfecho la segunda condición del párrafo 6 del artículo 5 cuando las pruebas que ha aducido demuestran que una evaluación del riesgo "adecuada" realizada por el Miembro importador "habría llegado necesariamente a la conclusión de que la medida alternativa lograría" el nivel adecuado de protección de ese Miembro.[534]

363. Nos resulta difícil aceptar esta formulación de la carga de la prueba aplicada de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5. Al contrario de lo que sucede en el caso del párrafo 1 del artículo 5, que establece expresamente que las MSF deben basarse en una evaluación del riesgo, el párrafo 6 del artículo 5 no contiene ninguna referencia explícita a una evaluación del riesgo ni obliga a realizarla. Es más, mientras que el párrafo 1 del artículo 5 se refiere directamente a la propia MSF, el párrafo 6 del artículo 5 se refiere a ella a través de una comparación con una hipotética medida alternativa. La función del párrafo 6 del artículo 5 es garantizar que las MSF no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr el nivel adecuado de protección del Miembro. El cumplimiento de esta prescripción se comprueba comparando la medida en litigio con posibles medidas alternativas. Sin embargo, tales alternativas son meros instrumentos conceptuales a los efectos del análisis del párrafo 6 del artículo 5. Una demostración de que la medida alternativa satisface el nivel adecuado de protección del Miembro pertinente, está razonablemente disponible y es significativamente menos restrictiva del comercio que la medida existente basta para demostrar que la medida en litigio entraña un grado de restricción del comercio mayor del necesario, pero esto no quiere decir que el Miembro importador tenga que adoptar esa medida alternativa o que la medida alternativa sea la única opción que permita lograr el nivel de protección deseado.

364. Lo anteriormente dicho es compatible también con la idea de que un reclamante que formule una alegación al amparo del párrafo 6 del artículo 5 no está *obligado* a realizar o presentar una evaluación del riesgo de la medida alternativa propuesta. Al mismo tiempo, no podemos concebir

[533] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1098 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 194; y al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 95).

[534] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 179.

cómo un reclamante puede satisfacer la carga que le corresponde de demostrar que la medida alternativa que propone satisfaría el nivel adecuado de protección requerido en el párrafo 6 del artículo 5 *sin* basarse en testimonios de carácter científico. El objetivo de garantizar protección frente a los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas y de los animales o para la preservación de los vegetales es clave para las MSF, para el nivel adecuado de protección de un Miembro y para el *Acuerdo MSF* en su conjunto. Además, las obligaciones fundamentales establecidas en el artículo 2 -que moldean las obligaciones más específicas del artículo 5- incluyen la disposición del párrafo 2 del artículo 2 a tenor de la cual las MSF deben estar basadas en principios científicos y no pueden mantenerse sin testimonios científicos suficientes, de lo que se desprende que los intentos del reclamante por demostrar que la MSF impugnada no cumple los requisitos del párrafo 6 del artículo 5 tienen necesariamente que incluir testimonios que demuestren que una medida alternativa propuesta tiene adecuadamente en cuenta esas características clave de las MSF. A nuestro juicio, esta conclusión se ve reforzada por la importante función que la ciencia desempeña en todo el *Acuerdo MSF* para mantener "el equilibrio delicado y cuidadosamente negociado en el *Acuerdo MSF* entre los intereses compartidos, aunque algunas veces competidores, de promover el comercio internacional y proteger la vida y la salud de los seres humanos".[535]

365. Por tanto, aunque no esté *obligado* a hacerlo, el reclamante puede basarse en una evaluación del riesgo como fuente de testimonios pertinentes a la medida alternativa que propone, si existe tal evaluación del riesgo. Además, puede que determinados elementos de la evaluación del riesgo del Miembro importador, así como otros elementos fácticos no incluidos en ella, sean pertinentes para tratar de establecer que una medida alternativa satisface el nivel adecuado de protección.[536]

366. En general, la totalidad de las pruebas identificadas y/o presentadas por el reclamante tendrán que ser suficientes para establecer una presunción de que la medida alternativa satisfaría el nivel adecuado de protección. La suficiencia o no de esas pruebas para satisfacer la carga de establecer una presunción dependerá necesariamente de cada medida y de cada caso.[537] La evaluación que haga el grupo especial de si se ha satisfecho o no esa carga es una cuestión de calificación jurídica, y no una evaluación científica de un riesgo que tenga que estar en conformidad con los tres primeros párrafos del artículo 5.

[535] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 177.
[536] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafos 209-213.
[537] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16.

i) *La cuestión de si el Órgano de Apelación puede completar el análisis con respecto a la medida alternativa de Nueva Zelandia para la niebla del peral y del manzano*

367. Examinaremos a continuación la cuestión de si, utilizando el enfoque correcto respecto al análisis en el marco del párrafo 6 del artículo 5, podemos completar el análisis de la alegación de Nueva Zelandia de que las medidas de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5. Cuando las constataciones fácticas del grupo especial y los hechos no controvertidos que constan en su expediente le proporcionan al Órgano de Apelación una base suficiente para realizar su propio análisis, el Órgano de Apelación puede completar el análisis con el propósito de facilitar la pronta solución de la diferencia.[538]

368. De acuerdo con este enfoque, debemos establecer si las constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial y los hechos no controvertidos que constan en el expediente demuestran que Nueva Zelandia ha establecido que la medida alternativa que propone lograría el nivel adecuado de protección de Australia. En particular, tenemos que establecer si el Grupo Especial formuló constataciones fácticas pertinentes o si hay suficientes hechos no controvertidos en el expediente del Grupo Especial que nos permitan: i) identificar el nivel de protección que Australia ha fijado como su nivel adecuado; ii) determinar qué nivel de protección lograría la medida alternativa de Nueva Zelandia; y iii) determinar si el nivel de protección que se lograría con la medida alternativa satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia.

369. Teniendo en cuenta estas consideraciones, pasamos a examinar las constataciones fácticas pertinentes formuladas por el Grupo Especial con respecto al riesgo relacionado con la medida alternativa de limitar la importaciones de manzanas a frutas maduras asintomáticas. Observamos en primer lugar que el Grupo Especial ha formulado constataciones fácticas identificando el nivel de protección establecido por Australia, a saber, que el nivel adecuado de protección de Australia se expresa en términos cualitativos y que se identifica en el IRA como aquel que "proporciona un nivel alto de protección sanitaria o fitosanitaria destinada a reducir el riesgo hasta un nivel muy bajo, pero no hasta cero".[539] Recordamos a este respecto que el párrafo 5 del Anexo A del *Acuerdo MSF*

---

[538] Véanse el informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafos 209, 212, 241 y 255; el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Productos lácteos*, párrafo 102; el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Automóviles*, párrafos 133 y 144; el informe del Órgano de Apelación, *Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, párrafo 128; y el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 189.

[539] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.963, 7.1121 y 7.1136. El Grupo Especial se remitió a la descripción de este nivel adecuado de protección que figura en el *Manual de análisis del riesgo de importación* (2003) (Prueba documental 10 presentada por Australia al Grupo Especial), página 5, y en el *Manual de análisis del riesgo de importación* (2007), página 8 y anexo 3, y observó también que, en relación con su anterior "nivel adecuado de protección cualitativo similar", el AQIS había explicado que la política de Australia en

equipara el nivel adecuado de protección al "nivel de riesgo aceptable". El nivel adecuado de protección de Australia se refiere a ambos conceptos, describiendo el nivel de protección deseado como "alto", y el nivel de riesgo aceptable como "muy bajo". La matriz de estimación del riesgo de Australia, que según el IRA es representativa de la política de Australia sobre su nivel de protección aceptable[540], pone de manifiesto que la tolerancia de Australia a un riesgo "muy bajo" es una norma más estricta que las que tolerarían un riesgo "moderado", "alto" o "extremo", pero no tan estricta como las que tolerarían únicamente un riesgo "insignificante".

370. En segundo lugar, consideraremos si el Grupo Especial formuló constataciones fácticas pertinentes o si en el expediente del Grupo Especial constan suficientes hechos no controvertidos que nos permitan determinar si Nueva Zelandia ha acreditado *prima facie* el nivel de protección que lograría su medida alternativa y, en caso afirmativo, si Australia ha refutado satisfactoriamente esa presunción. A este respecto, recordamos que la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia con respecto a la niebla del peral y del manzano es la misma que el IRA consideró "riesgo en situación sin control", es decir, importaciones de manzanas maduras asintomáticas.[541]

371. Nueva Zelandia sostuvo ante el Grupo Especial que las manzanas maduras asintomáticas no proporcionan una vía para la transmisión de la niebla del peral y del manzano y que, por lo tanto, el riesgo de que las manzanas maduras asintomáticas transmitieran la niebla del peral y del manzano es insignificante.[542] En particular, Nueva Zelandia aportó pruebas en apoyo de las siguientes tesis:

- Las bacterias de la niebla del peral y del manzano no se encuentran en el interior de las manzanas maduras asintomáticas; sólo rara vez se encuentran en el exterior y en ese caso únicamente en cantidades limitadas.[543]

---

materia de cuarentena se basa en el concepto de la gestión del riesgo en un nivel aceptablemente bajo. (Informe del Grupo Especial, nota 2552 al párrafo 7.963 (donde se cita el *Manual de procedimientos de análisis del riesgo en la importación* del AQIS, 1998, página 11))

[540] El IRA rechazó la afirmación de una parte interesada de que la matriz de estimación del riesgo del IRA y la metodología correspondiente no representan la política de Australia sobre su nivel de riesgo aceptable, y observó a este respecto que el debate gubernamental sobre esta cuestión dio lugar al acuerdo de que el "marco de política relacionado con el nivel adecuado de protección, incluidas las directrices prácticas para el análisis del riesgo que ilustran el concepto de una matriz de estimación del riesgo, satisface adecuadamente las necesidades actuales de Australia". (IRA, Parte B, páginas 4 y 5) La matriz de estimación del riesgo de Australia se reproduce en el párrafo 147 del presente informe.

[541] Véase *supra*, nota 481 al párrafo 330 del presente informe.

[542] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 4.8. Nueva Zelandia hizo esta declaración en el contexto de la alegación que formuló al amparo del párrafo 2 del artículo 2 y volvió a referirse a ella, en el párrafo 4.499, en el marco de su alegación basada en el párrafo 6 del artículo 5.

[543] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafos 4.11-4.16 (donde se hace referencia a R.G. Roberts, "Evaluation of buffer zone size and inspection number reduction on phytosanitary risk associated with rire blight and export of mature apple fruit" (2002) 590 *Acta Horticulturae* 47-53 (Prueba documental 20 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); C.N. Hale,

- Las bacterias de la niebla del peral y del manzano que se encuentran en el exterior de las manzanas maduras asintomáticas es improbable que sobrevivan a la manipulación, el almacenamiento y el transporte después de la cosecha en cantidades suficientes para iniciar infecciones.[544]

- La fruta no se contaminaría con la niebla del peral y del manzano durante la cosecha, la manipulación, el almacenamiento y el transporte.[545]

- Aunque las bacterias de la niebla del peral y del manzano que se encuentran en el exterior sobrevivieran a la manipulación, el tratamiento y el transporte de las manzanas de Nueva Zelandia a Australia, no se transmitirían a un hospedante vulnerable en Australia.[546]

372. Nueva Zelandia subrayó también ante el Grupo Especial que el Grupo Especial encargado del asunto *Japón - Manzanas* examinó los estudios científicos pertinentes y constató que el riesgo de que

---

E.M. McRae y S.V. Thomson, "Occurrence of *Erwinia amylovora* on apple fruit in New Zealand" (1987) 217 *Acta Horticulturae* 33-40 (Prueba documental 21 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); R.G. Roberts, C.N. Hale, T. van der Zwet, C.E. Miller y S.C. Redlin, "The potential for spread of *Erwinia amylovora* and fire blight via commercial apple fruit; a critical review and risk assessment" (1998) 17(1) *Crop Protection* 19-28 (Prueba documental 22 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); R.K. Taylor, C.N. Hale, W.R. Henshall, J.L. Armstrong y J.W. Marshall, "Effect of inoculum dose on infection of apple (*Malus domestica*) flowers by *Erwinia amylovora*" (2003) 31 *New Zealand Journal of Crop and Horticultural Science* 325-333 (Prueba documental 23 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); J. Dueck, "Survival of *E. amylovora* in association with mature apple fruit" (1974) 54 *Canadian Journal of Plant Science* 349-351 (Prueba documental 96 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); y R.G. Roberts, S.T. Reymond y R.J. McLaughlin, "Evaluation of mature apple fruit from Washington State for the presence of *E. amylovora*" (1989) 73 *Plant Disease* 917-921 (Prueba documental 97 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial)).

[544] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafos 4.17-4.19 (donde se hace referencia a C.N. Hale y R.K. Taylor, "Effect of cool storage on survival of *Erwinia amylovora* in apple calyxes" (1999) 489 *Acta Horticulturae* 139-143 (Prueba documental 24 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); y R.K. Taylor y C.N. Hale, "Cold storage affects survival and growth of *Erwinia amylovora* on the calyx of apple" (2003) 37(4) *Letters in Applied Microbiology* 340-343 (Prueba documental 25 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial)).

[545] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafos 4.20 y 4.21 (donde se hace referencia a S.C. Ockey y S.V. Thomson, "Influence of rain on transient populations of *Erwinia amylovora* on leaf surfaces" (2006) 704 *Acta Horticulturae* 113-119 (Prueba documental 26 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial)).

[546] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafos 4.22-4.26 (donde se hace referencia a C.N. Hale, R.K. Taylor y R.G. Clark, "Ecology and epidemiology of fire blight in New Zealand" (1996) 411 *Acta Horticulturae* 79-85 (Prueba documental 27 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); R.K. Taylor, C.N. Hale, F.A. Gunson y J.W. Marshall, "Survival of the fire blight pathogen, *Erwinia amylovora*, in calyxes of apple fruit discarded in an orchard" (2003) 22 *Crop Protection* 603-608 (Prueba documental 28 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); y R.G. Roberts y A.J. Sawyer, "An updated pest risk assessment for spread of *Erwinia amylovora* and fire blight via commercial apple fruit" (2008) 27 *Crop Protection* 362-368 (Prueba documental 29 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial)).

las manzanas maduras asintomáticas transmitieran la niebla del peral y del manzano era insignificante.[547]

373. Australia, por su parte, sostuvo ante el Grupo Especial que la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia, la limitación de las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas, ya se había tenido en cuenta en la evaluación del IRA y que éste había concluido no obstante que el riesgo que presentaba esta hipótesis era "bajo", que es superior al nivel "muy bajo" establecido por Australia para su nivel adecuado de protección.[548] Australia afirmó que el IRA era una evaluación del riesgo válida en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y que, por lo tanto, el Grupo Especial debía constatar que la prescripción de limitar las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas no conseguiría su nivel adecuado de protección si no iba acompañado de otras medidas de gestión del riesgo. Subrayó también que los dos expertos en niebla del peral y del manzano designados por el Grupo Especial, el Dr. Paulin y el Dr. Deckers, habían expresado la opinión de que limitar las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas no sería suficiente para reducir el riesgo a un nivel que lograra el nivel adecuado de protección de Australia.[549] Australia sostuvo por tanto que Nueva Zelandia no había demostrado que la limitación de las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas lograría el nivel adecuado de protección de Australia en lo que respecta a la niebla del peral y del manzano. También afirmó que los expertos designados por el Grupo Especial habían confirmado que las medidas principales de Australia para la niebla del peral y del manzano -huertos asintomáticos y desinfección- están justificadas.[550] En respuesta a la referencia de Nueva Zelandia a las constataciones del Grupo Especial en el asunto *Japón - Manzanas*, Australia mantuvo que hay diferencias importantes en la presente diferencia relativas al nivel adecuado de protección, las condiciones climáticas, la flora nativa, los posibles vegetales hospedantes, la situación de los Miembros importador y exportador en lo que se refiere a las plagas y enfermedades y el volumen y la modalidad del comercio.[551]

374. Nueva Zelandia respondió que Australia había tergiversado las respuestas de los expertos y que éstos en realidad habían confirmado la falta de testimonios científicos para las vías en cuestión y para las conclusiones del IRA. En particular, sostuvo que los expertos habían confirmado que varios de los principales pasos de importación contenidos en el IRA carecían de testimonios científicos y que la conclusión de Australia en cuanto al porcentaje de manzanas de Nueva Zelandia que serán

[547] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 4.9 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Japón - Manzanas*, párrafo 8.153).
[548] Primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 1084 (donde se hace referencia al IRA, parte B, páginas 104, 105 y 150).
[549] Segunda comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafos 451 y 452.
[550] Declaración final de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 30 y 31.
[551] Primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial, párrafo 26.

contaminadas con la niebla del peral y del manzano era injustificada. Sostuvo además que los expertos confirmaron que no hay testimonios científicos de la transferencia del patógeno de la niebla del peral y del manzano de las manzanas a hospedantes vulnerables.[552] Además, Nueva Zelandia indicó que muchas de las observaciones de los expertos se orientaban a reducir la probabilidad de que se importaran en Australia manzanas con bacterias de la niebla del peral y del manzano, pero que este elemento del riesgo no era el más importante. En cambio, Nueva Zelandia adujo que el testimonio de los expertos no brindaba un "apoyo general" a las medidas de Australia para la niebla del peral y del manzano en relación con el riesgo *global*, es decir, el riesgo de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano combinado con una evaluación de las consecuencias.[553]

375. Al tratar de completar el análisis de si Nueva Zelandia consiguió acreditar *prima facie* que el nivel de protección logrado por la medida alternativa satisfaría el nivel adecuado de protección, debemos evaluar si el Grupo Especial formuló constataciones con respecto al fondo de las cuatro tesis planteadas por Nueva Zelandia. En la medida en que el Grupo Especial formuló constataciones sobre el testimonio de sus expertos, el análisis que figura en el IRA, o los estudios científicos analizados en el IRA, puede ser apropiado tener en cuenta esas constataciones para determinar si Nueva Zelandia ha establecido una presunción *prima facie* y si Australia la ha refutado.

376. Señalamos que el expediente del Grupo Especial contiene numerosos elementos de prueba relativos al riesgo de la niebla del peral y del manzano, entre los que figuran estudios científicos, el análisis del IRA y las pruebas a las que se remite, así como el testimonio de los expertos designados por el Grupo Especial. Aunque Nueva Zelandia presentó al Grupo Especial varios elementos de prueba para apoyar su afirmación de que el riesgo relacionado con la medida alternativa de limitar las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas es insignificante, el Grupo Especial se refirió, de pasada, solamente a algunos de esos elementos de prueba, y no formuló constataciones expresas sobre esas pruebas en su análisis de si Nueva Zelandia había logrado establecer la presunción de que la medida alternativa relativa a la niebla del peral y del manzano lograría el nivel adecuado de protección de Australia.

377. La primera tesis de Nueva Zelandia era que las bacterias de la niebla del peral y del manzano no se encuentran en el interior de las manzanas maduras asintomáticas y que rara vez se encuentran en el exterior de éstas y en ese caso únicamente en cantidades limitadas. Australia reconoció que, cuando se trata de manzanas maduras asintomáticas, el riesgo principal es la infestación externa

[552] Respuesta de Nueva Zelandia a la pregunta 126 del Grupo Especial después de su segunda reunión, párrafo 203.

[553] Respuesta de Nueva Zelandia a la pregunta 126 del Grupo Especial después de su segunda reunión, párrafo 205.

(epifita) y no la infección interna (endofítica) de niebla del peral y del manzano.[554] Por esta razón el Grupo Especial se centró en la cuestión de la infestación externa (epifita) de niebla del peral y del manzano en las manzanas maduras asintomáticas. El Grupo Especial citó el testimonio de los expertos Dr. Deckers y Dr. Paulin sobre esta cuestión, que según interpretó indicaba que "la niebla del peral y del manzano no es verdaderamente una bacteria epifita, y que sólo estaría presente en la superficie de las manzanas en poblaciones residuales, y disminuiría con el paso del tiempo".[555] Parece que, al referirse a este testimonio, el Grupo Especial se inclinaba a aceptar la primera tesis de Nueva Zelandia de que las bacterias de la niebla del peral y del manzano no se encuentran en el interior de las manzanas maduras asintomáticas y que rara vez se encuentran en el exterior de éstas y en ese caso únicamente en cantidades limitadas. Sin embargo, el Grupo Especial no formuló ninguna constatación explícita en ese sentido.

378. En segundo lugar, Nueva Zelandia sostuvo que las bacterias residuales de niebla del peral y del manzano que se encuentra en el exterior de las manzanas maduras asintomáticas es improbable que sobrevivan a la manipulación, el almacenamiento y el transporte después de la cosecha en cantidades suficientes para iniciar infecciones. Destacamos que el Grupo Especial constató en el contexto de su análisis conforme al párrafo 1 del artículo 5 que los testimonios citados por el IRA confirman que la desinfección -un procedimiento habitual en el almacén de embalaje- puede contribuir significativamente a reducir la población bacteriana[556], y que los expertos que había designado estaban de acuerdo en que la desinfección daría lugar a reducir "en gran medida"[557] el riesgo de supervivencia de la población epifita y a una disminución "pronunciada"[558] de la concentración de la población bacteriana. Sin embargo, no nos resulta claro si esta desinfección forma parte de los procedimientos habituales de almacenaje y transporte después de la cosecha, ni en qué medida lo es. Aunque los expertos designados por el Grupo Especial coincidieron en que la desinfección reduciría en gran medida la población bacteriana, el Grupo Especial no formuló una constatación acerca de si todas las manzanas neozelandesas destinadas a la exportación están desinfectadas.

379. En tercer lugar, Nueva Zelandia mantuvo que la fruta no se contaminaría con la niebla del peral y del manzano durante la cosecha, la manipulación, el almacenamiento y el transporte. A este

[554] El Grupo Especial también reprodujo el testimonio del Dr. Deckers y el Dr. Paulin explicando que las frutas infectadas endofíticamente no pueden desarrollarse hasta convertirse en manzanas maduras asintomáticas. (Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1160 y 7.1161)

[555] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1164.

[556] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.303.

[557] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.302 (donde se cita la respuesta del Dr. Deckers a la pregunta 28 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 204).

[558] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.302 (donde se cita la respuesta del Dr. Paulin a la pregunta 28 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 206).

respecto, observamos que el Grupo Especial citó el testimonio del Dr. Paulin según el cual, debido a las escasas propiedades epifitas de *Erwinia amylovora*, la probabilidad de que manzanas que se introduzcan en almacenes de embalaje libres de la bacteria pudieran contaminarse durante el tratamiento era "altamente improbable en las condiciones reales" o "insignificante"[559] y que la probabilidad de que frutas sanas sean contaminadas durante la paletización, la inspección de la calidad, la introducción en contenedores y el transporte era "nula por lo que respecta a las manzanas maduras asintomáticas".[560] Parece que, al referirse a este testimonio, el Grupo Especial se sentía inclinado a aceptar la tercera tesis de Nueva Zelandia, es decir, que la fruta no se contaminaría con la niebla del peral y del manzano durante la cosecha, la manipulación, el almacenamiento y el transporte. Sin embargo, no formuló una constatación explícita en ese sentido.

380. En cuarto lugar, Nueva Zelandia sostuvo que, aunque las bacterias de la niebla del peral y del manzano que se encuentran en el exterior de la fruta sobrevivieran a la manipulación, el tratamiento y el transporte de las manzanas de Nueva Zelandia a Australia, no se transmitirían a un hospedante vulnerable en Australia. En este sentido, señalamos que el Grupo Especial examinó varias declaraciones del Dr. Deckers y el Dr. Paulin sobre la posibilidad de transferencia y propagación de *Erwinia amylovora*. Los expertos caracterizaron esta posibilidad de distintas formas, como "extremadamente baja"[561], "difícil de imaginar", "un requisito que las bacterias probablemente no pueden cumplir en condiciones naturales"[562], "muy baja"[563], "difícil de demostrar"[564], "bastante baja"[565], "dudos[a]"[566], y "bastante excepcional".[567] El Grupo Especial entendió que estas respuestas "indican que la probabilidad de que la niebla del peral y del manzano se propague mediante manzanas maduras asintomáticas es *muy baja*".[568]

381. El Grupo Especial citó seguidamente otras declaraciones de estos dos expertos en las que quitaban importancia al riesgo que representan las manzanas maduras asintomáticas en comparación con otras formas de transmitir la niebla del peral y del manzano. El Grupo Especial constató a continuación que, en general, el testimonio del Dr. Deckers y el Dr. Paulin demuestra que consideran que el riesgo global de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano a través

[559] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1167.
[560] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1168.
[561] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1171 y 7.1176.
[562] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1172.
[563] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1171 y 7.1173.
[564] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1174.
[565] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1176.
[566] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1177.
[567] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1178.
[568] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1181. (sin cursivas en el original)

de manzanas maduras asintomáticas importadas de Nueva Zelandia es "muy bajo".[569] Parece que el Grupo Especial puede haber estado de acuerdo con esta evaluación, aunque no lo dijo afirmativamente.

382. Por último, en cuanto a las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas, Nueva Zelandia adujo ante el Grupo Especial que, al considerar que las consecuencias de la radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano son "altas", el IRA sobrevaloró estas consecuencias. Según Nueva Zelandia, una evaluación más realista, basada en la experiencia real de los países en los que hay presencia de niebla del peral y del manzano, habría determinado que las consecuencias globales fueran "muy bajas".[570] Nueva Zelandia reconoció posteriormente que la niebla del peral y del manzano puede tener consecuencias graves. No obstante, a su juicio "lo importante es tener en cuenta que la enfermedad no se propaga mediante las exportaciones de fruta madura".[571]

383. A este respecto, el Grupo Especial examinó el testimonio de los expertos Dr. Paulin y Dr. Deckers y observó que, según estos expertos, el IRA "tiene tendencia a sobrevalorar [...] la gravedad de las consecuencias de la niebla del peral y del manzano", en particular con respecto a los criterios de la preservación de los vegetales y de la industria o el comercio nacionales, a los que el IRA asignó las notas más rigurosas "F" y "E".[572] Teniendo en cuenta esa evaluación de los expertos, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la evaluación del IRA de las posibles consecuencias asociadas a la hipótesis de riesgo sin control (es decir, la importación de manzanas maduras asintomáticas) no se había basado en testimonios científicos adecuados.[573] Sin embargo, el Grupo Especial no formuló ninguna constatación ni expresó ninguna opinión propia sobre las consecuencias relacionadas con la entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano en Australia.

384. Observamos que el Grupo Especial también preguntó específicamente a los expertos si limitar las importaciones a las manzanas maduras asintomáticas lograría el nivel adecuado de protección de Australia.[574] Tenemos algunas reservas acerca de que el Grupo Especial lo haya hecho, habida cuenta de que ésta era la pregunta fundamental a la que el Grupo Especial tenía que responder de conformidad con el párrafo 6 del artículo 5. Los expertos pueden ayudar a un grupo especial al evaluar el nivel de riesgo relacionado con MSF y posibles medidas alternativas, pero la cuestión de si

[569] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1192.
[570] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 4.264.
[571] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.452 (donde se cita la respuesta de Nueva Zelandia a la pregunta 67 del Grupo Especial después de su primera reunión, párrafo 141). Véase también la segunda comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafos 2.455 y 2.456.
[572] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.469.
[573] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.470.
[574] Pregunta 15 del Grupo Especial; informe del Grupo Especial, anexo B-1.

el nivel de riesgo de una medida alternativa consigue o no el nivel adecuado de protección de un Miembro es una pregunta de calificación jurídica, cuya respuesta determinará la compatibilidad o incompatibilidad de la medida de un Miembro con la obligación que le impone el párrafo 6 del artículo 5. Responder a esta pregunta no es una tarea que se pueda delegar en los expertos científicos. También tenemos preocupaciones de carácter más práctico, a saber, que el Grupo Especial no identificó el nivel adecuado de protección de Australia en la pregunta que hizo a los expertos, ni aclaró ni explicó cuál entendía que era el contenido de ese nivel. En sus respuestas los expertos tampoco dieron detalles sobre cuál entendían que era el nivel adecuado de protección de Australia. En tales circunstancias, y con independencia de la corrección de la pregunta, las respuestas que dieron los expertos sólo pueden tener una utilidad limitada.[575]

385. A la luz de lo anteriormente expuesto, constatamos que hay una base suficiente en el expediente del Grupo Especial para considerar que el nivel adecuado de protección de Australia es aquel que "proporciona un nivel alto de protección sanitaria o fitosanitaria destinada a reducir el riesgo hasta un nivel muy bajo, pero no hasta cero".[576] Con respecto a la cuestión del riesgo relacionado con la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia, hemos observado que el Grupo Especial analizó un número considerable de pruebas pertinentes a esta cuestión. Sin embargo, finalmente el Grupo Especial analizó pero no formuló constataciones sobre gran parte de estas pruebas, ni sobre las tesis planteadas específicas por Nueva Zelandia, ni sobre su afirmación de que el riesgo pertinente era "insignificante". Hay algunas indicaciones de que el Grupo Especial puede haber considerado que determinados elementos del riesgo relacionado con la importación de manzanas maduras asintomáticas eran "muy bajos". El Grupo Especial reprodujo también amplios testimonios de los expertos por él designados que daban a entender que determinados riesgos eran de una magnitud muy inferior a "muy bajo". Sin embargo, no podemos considerar ninguna de estas sugerencias como constataciones positivas. Es más, no hay ninguna indicación de cuál consideraba el

[575] Al examinar las respuestas de los expertos a su pregunta, el Grupo Especial entendió que las distintas declaraciones realizadas por el Dr. Paulin significaban que éste consideraba que la medida alternativa propuesta "hace que el riesgo sea sumamente bajo, y parecido al riesgo de que las bacterias lleguen a Australia desde Nueva Zelandia en un avión a reacción o por algún otro medio de transporte no relacionado con el comercio de manzanas". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1190) Además, aunque el Dr. Deckers respondió que la medida alternativa propuesta no era suficiente para conseguir el nivel adecuado de protección de Australia, el Grupo Especial constató que, en conjunto, el testimonio del Dr. Deckers y el Dr. Paulin demuestra que ambos consideran que el riesgo global de entrada, radicación y propagación de la niebla del peral y del manzano a través de manzanas maduras asintomáticas importadas de Nueva Zelandia es muy bajo, tanto en general como con respecto a puntos clave específicos en la hipótesis de importación evaluada en el IRA. (*Ibid.*, párrafo 7.1192) El Grupo Especial explicó por qué razón consideraba que la declaración del Dr. Deckers respaldaba la conclusión de que la medida alternativa propuesta era suficiente para lograr el nivel adecuado de protección de Australia, pese a que él dijo que no lo lograría. Sin embargo, no explicó por qué interpretó que la declaración del Dr. Paulin indicaba que el riesgo de entrada, radicación y propagación de niebla del peral y del manzano que lleva consigo la medida alternativa era "muy bajo", cuando el Dr. Paulin había dicho que consideraba que el riesgo era "sumamente bajo".

[576] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.963, 7.1121 y 7.1136.

Grupo Especial que era el riesgo *global* relacionado con la medida alternativa para la niebla del peral y del manzano propuesta por Nueva Zelandia, es decir, el riesgo de entrada, radicación y propagación, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas. Por consiguiente, no podemos identificar suficientes hechos no controvertidos ni constataciones fácticas del Grupo Especial que nos permitan formular una constatación sobre el nivel de riesgo relacionado con la medida alternativa de Nueva Zelandia para la niebla del peral y del manzano. De ello se deduce que no podemos hacer la comparación requerida entre el nivel de protección que ofrece la medida alternativa de Nueva Zelandia y el nivel adecuado de protección de Australia, y por consiguiente no podemos completar el análisis jurídico con respecto a la segunda condición del párrafo 6 del artículo 5 de *Acuerdo MSF*.

ii) *La cuestión de si el Órgano de Apelación puede completar el análisis relativo a la medida alternativa de Nueva Zelandia contra la ALCM*

386. Examinaremos a continuación la cuestión de si podemos completar el análisis de la alegación de Nueva Zelandia de que la medida de Australia concerniente a la ALCM es incompatible con el párrafo 6 del artículo 5. En consonancia con el enfoque antes descrito, debemos determinar si las constataciones fácticas formuladas por el Grupo Especial y los hechos no controvertidos que obran en el expediente demuestran que la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia en relación con la ALCM satisface la segunda condición del párrafo 6 del artículo 5. En particular, debemos discernir si en el expediente del Grupo Especial obran constataciones pertinentes y suficientes hechos no controvertidos para que podamos determinar qué nivel de protección se lograría aplicando la medida alternativa y si Nueva Zelandia ha establecido una presunción de que el nivel de protección que se lograría con la medida alternativa satisfaría el nivel adecuado de protección de Australia y, de ser así, si Australia ha conseguido refutar esa presunción.

387. Recordamos que el nivel adecuado de protección de Australia es aquel que "proporciona un nivel alto de protección sanitaria o fitosanitaria destinada a reducir el riesgo hasta un nivel muy bajo, pero no hasta cero"[577], para examinar seguidamente qué nivel de protección se lograría con la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia. A este respecto, recordamos que la medida australiana supuestamente incompatible con el párrafo 6 del artículo 5 es la medida 14, que incluye dos opciones. Estas opciones, en el caso de la ALCM, son la inspección de cada lote de manzanas basada en una muestra de 3.000 frutas, incluida la detección de artrópodos vivos susceptibles de cuarentena, que tendría como resultado la aplicación de un tratamiento apropiado o el rechazo de la exportación, *o* la

[577] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.963, 7.1121 y 7.1136.

aplicación obligatoria a todos los lotes de un tratamiento apropiado (fumigación) sumada a la inspección de cada lote basada en una muestra de 600 frutas.[578]

388. La medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia consistía en la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote de importación y el tratamiento (fumigación) en caso de que se encontrara ALCM. Por consiguiente, la alternativa planteada por Nueva Zelandia era idéntica a la primera opción de la medida 14 de Australia, con la excepción de que en ella el tamaño de la muestra (600 frutas) era menor que el de la muestra de la primera opción de la medida 14 (3.000 frutas).[579] Observamos que el IRA, tras haber determinado que el riesgo en situación sin control superaba el nivel adecuado de protección de Australia, examinó expresamente esta medida alternativa como posible opción de gestión del riesgo.[580] Además, el IRA dio por sentado que la fumigación tendría una eficacia del 100 por ciento para eliminar la ALCM presente en el exterior de las frutas.[581]

389. En lo que respecta a la cuestión de qué nivel de protección se lograría aplicando la medida alternativa, observamos que Nueva Zelandia sostuvo ante el Grupo Especial que, con la inspección de una muestra de 600 frutas (y una acción correctiva en caso necesario), el riesgo de transmisión y radicación de la ALCM sería insignificante. En particular, Nueva Zelandia aportó pruebas en relación con las siguientes tesis[582]:

- El nivel de infestación con capullos viables de ALCM presentes en el exterior de las manzanas de Nueva Zelandia no es biológicamente significativo.[583]

- La fruta no se contaminaría con ALCM durante la recolección, la manipulación y el transporte al almacén de embalaje.[584]

---

[578] Esta inspección es para controlar la existencia de plagas distintas de la ALCM. (IRA, Parte B, página 321)

[579] Los participantes confirmaron, en la audiencia de esta apelación, que en el marco de la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia, que preveía un tamaño de muestra de 600 unidades, la detección de artrópodos vivos susceptibles de cuarentena también tendría como resultado la aplicación de un tratamiento apropiado o el rechazo de la exportación.

[580] Véase *supra*, párrafo 164 del presente informe.

[581] IRA, Parte B, página 188.

[582] Nueva Zelandia presentó estas pruebas en el contexto de su alegación al amparo del párrafo 2 del artículo 2 e hizo referencia a ellas en el párrafo 4.517 de su primera comunicación escrita, en el contexto de su alegación al amparo del párrafo 6 del artículo 5.

[583] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia, párrafos 4.107-4.111 (donde se hace referencia a A.R. Tomkins, D.J. Wilson, S.O. Hutchings y S. June, "A survey of Apple Leafcurling Midge (*Dasyneura mali*) management in Waikato Orchards", *Proceedings of the 47th New Zealand Plant Protection Conference* (1994) (Prueba documental 43 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial), páginas 346-349; y D.H. Todd, "The Apple Leafcurling Midge, Dasyneura mali Kieffer, Seasonal History, Varietal Susceptibility and Parasitism" (1959) 2 *New Zealand Journal of Agricultural Research*, 859-869 (Prueba documental 44 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial)).

- El nivel de cualquier posible infestación de las manzanas de Nueva Zelandia sería tan bajo que resulta muy poco probable la radicación de la ALCM en Australia.[585]

390. En respuesta a lo anterior, Australia sostuvo que el IRA había evaluado la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia, pero había constatado que un sistema de inspección de 600 frutas, por sí solo, no reduciría los riesgos asociados a la ALCM en un grado suficiente para alcanzar el nivel adecuado de protección de Australia.[586] Australia también utilizó ciertos aspectos del testimonio del Dr. Cross, experto en ALCM designado por el Grupo Especial, en apoyo de las opiniones expuestas en el IRA: i) con respecto a las tasas de infestación y a los datos limitados de que se disponía en relación con la ocupación y viabilidad de los capullos presentes en el exterior de las manzanas de Nueva Zelandia; ii) con respecto a la cuestión de si el hecho de que un determinado nivel de infestación bastara para que se formara una colonia dependía de que hubiera un número suficiente de manzanas importadas ubicado al mismo tiempo suficientemente cerca de algún manzano; iii) en relación con el hecho de que el período de emergencia era variable y no necesariamente tan prolongado como alegaba Nueva Zelandia; y iv) en el sentido de que el alcance del vuelo de la ALCM identificado en el IRA era razonable.[587] Australia también consideró que los expertos del Grupo Especial habían respaldado en un grado considerable las medidas de gestión del riesgo recomendadas en el IRA y, con respecto a la ALCM, reconoció que los datos más fiables de que se disponía indicaban que la inspección de una muestra de 600 unidades propuesta por Nueva Zelandia no reduciría el riesgo a un nivel que correspondiera al nivel adecuado de protección de Australia, por no ser suficientemente sensible.[588]

391. En respuesta a lo anterior, Nueva Zelandia rechazó el análisis que se hacía en el IRA del nivel de riesgo de ALCM en situación sin control y del efecto de la inspección de una muestra de 600 frutas, y puso de relieve las deficiencias de la metodología del IRA, así como el hecho de que éste no había tenido en cuenta factores como la viabilidad de los capullos, el alcance del vuelo de

---

[584] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia, párrafos 4.112-4.115 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 163).

[585] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia, párrafos 4.116-4.132 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, página 171); D.M. Suckling, J.T.S. Walker, P.W. Shaw, L. Manning, P. Lo, R. Wallis, V. Bell, W.R.M. Sandanayaka, D.R. Hall, J.V. Cross y A.M. El-Sayed, "Trapping *Dasineura mali* (Diptera: Cecidomyiidae) in Apples" (2007) 100(3) *Journal of Economic Entomology* 745-751 (Prueba documental 15 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial); y R.T. Baker, J.M. Cowley, D.S. Harte y E.R. Frampton, "Development of a Maximum Pest Limit for Fruit Flies (Diptera: Tephritidae) in Produce Imported into New Zealand" (1990) 83(1) *Journal of Economic Entomology* 13-17 (Prueba documental 46 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial)).

[586] Primera comunicación escrita de Australia, párrafos 1089-1098 (donde se hace referencia al IRA, Parte B, páginas 188-190; y *Methodologies for sampling of consignments* (*Metodologías para muestreo de envíos*) (2008) (NIMF Nº 31, FAO, Roma) (Prueba documental 30 presentada por Australia al Grupo Especial)).

[587] Segunda comunicación escrita de Australia, párrafos 624, 625, 633, 635, 636, 644, 657, 658 y 673.

[588] Declaración final de Australia en la segunda reunión del Grupo Especial, párrafos 30 y 32.

la ALCM y las prácticas comerciales normales.[589] Nueva Zelandia respondió además que Australia había tergiversado las respuestas de los expertos del Grupo Especial y que en realidad éstos habían confirmado la falta de testimonios científicos en relación con las vías en cuestión y con las conclusiones del IRA. En particular, Nueva Zelandia sostuvo que el Dr. Cross no había opinado que la intensidad de una inspección tuviera que determinarse tomando como referencia datos más fiables sobre factores como la viabilidad. El experto había explicado que se debía elegir el tamaño de la muestra para la inspección sobre la base del nivel adecuado de protección, en lugar de ajustarlo a la tasa de infestación. Nueva Zelandia sostuvo también que el Dr. Cross había confirmado asimismo que éste no era el enfoque adoptado en el IRA. En el IRA se utilizó el nivel de infestación, en lugar de un nivel de tolerancia identificado, como factor fundamental para optar por una medida de gestión del riesgo que daría lugar a la fumigación de prácticamente todas las manzanas, con lo que de hecho se adoptaría un enfoque de riesgo cero.[590]

392. Observamos que Nueva Zelandia presentó al Grupo Especial varios elementos de prueba en apoyo de su afirmación de que el riesgo asociado a la medida alternativa, que requería la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote de importación, era insignificante. Por lo tanto, las pruebas pertinentes de que dispuso el Grupo Especial fueron las presentadas por Nueva Zelandia, los testimonios de los expertos designados, el IRA y las pruebas que en él se examinaban.

393. Al tratar de completar el análisis de si Nueva Zelandia consiguió acreditar *prima facie* que el nivel de protección logrado por la medida alternativa satisfaría el nivel adecuado de protección, debemos evaluar si el Grupo Especial formuló constataciones con respecto al fondo de las tres tesis planteadas por Nueva Zelandia.

394. En primer lugar, Nueva Zelandia adujo que el nivel de infestación con capullos viables de ALCM presentes en el exterior de las manzanas neozelandesas no era biológicamente significativo. Más concretamente, adujo que la variación estacional de la población daba lugar a que hubiera un número reducido de capullos con crisálida y que la avispa parásita *Platygaster demades* afectaba negativamente a la ALCM en Nueva Zelandia, lo que hacía que un mayor número de capullos estuvieran vacíos o contuvieran crisálidas muertas. El Grupo Especial criticó la evaluación que se hacía en el IRA de la probabilidad de que la fruta recolectada estuviera infestada por la ALCM sobre la base del número estimado de manzanas con capullos.[591] Al hacerlo, citó la declaración del Dr. Cross según la cual "[s]i sólo el 25 por ciento de los capullos contienen ALCM viables, los

[589] Segunda comunicación escrita de Nueva Zelandia, párrafo 2.899.
[590] Respuesta de Nueva Zelandia a la pregunta 126 del Grupo Especial después de su segunda reunión, párrafos 209 y 210.
[591] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.801.

valores deberían ser 4 veces inferiores".[592] También citó la declaración del Dr. Cross de que, con el fin de llegar a la tasa de infestación real al calcular el tamaño adecuado de la muestra para la inspección de la ALCM, la "tasa de infestación se [tendría que ver] reducida por un factor 0,5 × 0,7 por viabilidad reducida y parasitismo, y probablemente por otro factor de 0,1 - 0,5 por el largo período necesario para la emergencia con respecto a la corta duración de la vida".[593] El Grupo Especial se basó también en la afirmación del Dr. Cross según la cual, en función del valor anterior, unas "tasas de infestación efectivas reales del 0,1 por ciento o incluso del 0,05 por ciento serían más realistas".[594] Además, constató que "Nueva Zelandia ha acreditado *prima facie* que una tasa de infestación más acorde con el rango constatado en los datos de agosto de 2005 sería más realista"[595] que la tasa de infestación inicialmente estimada en el IRA, a la luz de los diversos factores que no se tuvieron debidamente en cuenta en él.[596]

395. Tras examinar las anteriores declaraciones del Grupo Especial y las referencias a los testimonios de los expertos designados, no nos queda claro qué importancia concedió el Grupo Especial a estas pruebas. Parece que, al poner de relieve el testimonio del Dr. Cross y su declaración de que habría que reducir la tasa de infestación por un factor de "0,5 × 0,7 [...] y probablemente por otro factor de 0,1 - 0,5", el Grupo Especial podría haberse inclinado a aceptar la primera tesis de Nueva Zelandia según la cual el nivel de infestación con capullos viables de ALCM presentes en el exterior de las manzanas de Nueva Zelandia no era biológicamente significativo. Sin embargo, no formuló ninguna constatación al respecto.

396. En segundo lugar, Nueva Zelandia sostuvo que la fruta no se contaminaría con ALCM durante la recolección, la manipulación y el transporte al almacén de embalaje porque, en la época de la recolección, hay pocas hojas nuevas en crecimiento activo (que normalmente se asocian con la ALCM), los huevos de ALCM ya han eclosionado y la mayoría de las larvas están en los capullos.[597] El Grupo Especial no formuló ninguna constatación acerca de esta afirmación.[598]

---

[592] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.801 (donde se cita la respuesta del Dr. Cross a la pregunta 109 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 650).

[593] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1325 (donde se cita la respuesta del Dr. Cross a la pregunta 104 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafos 624-627).

[594] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1325 (donde se cita la respuesta del Dr. Cross a la pregunta 104 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafos 624-627).

[595] Las dos series de datos utilizadas en el IRA para evaluar el riesgo asociado a la ALCM se explican *supra*, en el párrafo 156 del presente informe.

[596] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1360.

[597] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia, párrafo 4.114.

[598] Esta proposición no se encuentra entre las evaluadas por el Grupo Especial en el párrafo 7.788 de su informe. Tampoco se hace referencia a ella en el examen del testimonio de los expertos que realizó el Grupo Especial en el contexto del párrafo 6 del artículo 5.

397. En tercer lugar, Nueva Zelandia mantuvo que el nivel de cualquier posible infestación de las manzanas de Nueva Zelandia sería tan bajo que la radicación de la ALCM en Australia resultaría muy poco probable. Más concretamente, adujo que la mayoría de las manzanas procedentes de Nueva Zelandia se consumen o se descomponen antes de que emerjan las crisálidas de la ALCM, ya que el almacenamiento en frío de las manzanas tras el embalaje reproduce las condiciones medioambientales que se dan en otoño e invierno, y toda crisálida adherida a las manzanas entra en una fase de desarrollo retardado que se denomina diapausa y únicamente emerge cuando se dan las condiciones climáticas necesarias. Aun en el caso de que la ALCM emergiera en el período de la recolección, no tendría hojas de manzano en crecimiento activo sobre las que depositar los huevos.[599]

398. El Grupo Especial parece aceptar aceptó el argumento de Nueva Zelandia según el cual las prácticas de los almacenes de embalaje de Australia hacían que fuera "muy improbable" que un gran número de manzanas depositadas quedaran al descubierto, así como la declaración del Dr. Cross de que las ALCM son "malas voladoras [y] parece improbable que tenga[n] un alcance de dispersión muy grande".[600] En consecuencia, el Grupo Especial constató que Nueva Zelandia había demostrado que a un nivel de infestación "en el peor de los casos", varios miles de manzanas (15.000-19.000 manzanas) importadas de Nueva Zelandia tendrían que ser depositadas al descubierto durante un período de tiempo lo bastante largo para que tuviera lugar la transmisión de la ALCM y que Nueva Zelandia había "aducido convincentemente" que esta situación "probablemente casi nunca se dar[ía]".[601] No nos queda claro a qué nivel de probabilidad se refería el Grupo Especial al utilizar la expresión "probablemente casi nunca se dará". Quizá se podría interpretar la constatación del Grupo Especial en el sentido de que aceptaba la tercera tesis de Nueva Zelandia, esto es, que la radicación de la ALCM en Australia resultaba "muy poco probable". Sin embargo, dado que el Grupo Especial calificaba de dos formas diferentes su constatación, usando los términos "probablemente" y "casi", y no mencionaba la expresión "muy poco probable", no estamos seguros de que fuera eso, en realidad, lo que constató el Grupo Especial.

399. Observamos que el Grupo Especial también formuló expresamente a los expertos una pregunta relativa a la conclusión del IRA de que la medida alternativa consistente en exigir la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote de importación no lograría alcanzar el nivel adecuado de protección de Australia.[602] Ya hemos expresado ciertas reservas con respecto a estas preguntas formuladas por el Grupo Especial.[603] En cualquier caso, la pregunta concreta que formuló

[599] Primera comunicación escrita de Nueva Zelandia, párrafos 4.117-4.120.
[600] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1313.
[601] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1312.
[602] Pregunta 120 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1.
[603] *Supra*, párrafo 384 del presente informe.

el Grupo Especial contenía varios elementos. Ni el Grupo Especial, en su pregunta, ni los expertos, en sus respuestas, identificaron el nivel adecuado de protección de Australia, ni aclararon cuál era, a su juicio, el contenido de esa norma. Las respuestas de los expertos también contenían varios elementos diferentes, y no resulta evidente en qué partes de ellas se abordaba el tema de la relación entre la medida alternativa y el nivel adecuado de protección de Australia.

400. En cualquier caso, el Grupo Especial examinó las respuestas de los expertos a esta pregunta. Hizo referencia a la declaración del Dr. Cross según la cual el análisis del riesgo viciado que figuraba en el IRA debía calcularse de nuevo teniendo en cuenta los factores que no habían sido debidamente considerados, que algunos de esos factores eran fundamentales para establecer el tamaño adecuado de la muestra establecido en un requisito de inspección y que, una vez hecho esto, podría constatarse que las estimaciones del riesgo en situación sin control "quedan por debajo" del nivel adecuado de protección de Australia.[604] Por otra parte, el Grupo Especial señaló que el Dr. Deckers se había mostrado escéptico sobre la necesidad de fumigar todas las manzanas neozelandesas contra la ALCM.[605] No obstante, por los motivos expuestos anteriormente, no consideramos apropiado que el Grupo Especial concediera importancia a estas declaraciones concretas de los expertos.

401. Con respecto a las posibles consecuencias biológicas y económicas asociadas a la ALCM, Nueva Zelandia adujo que en el análisis del IRA se exageran las posibles consecuencias de la ALCM.[606] A juicio de Nueva Zelandia, "el supuesto análisis de las 'posibles consecuencias biológicas y económicas conexas' de la ALCM que hace Australia es únicamente una lista de hipótesis no confirmadas".[607] El Grupo Especial examinó el testimonio de los expertos designados y, en particular, citó la declaración del Dr. Cross de que "algunos de los términos utilizados [en la metodología de Australia para la evaluación de los efectos] son relativistas y no están definidos con claridad".[608] El Grupo Especial observó también que el Dr. Cross había considerado que los efectos de la infestación por ALCM en el aspecto de la piel y la calidad de la fruta descritos en el IRA no se habían notificado en ninguna otra parte y eran "raros".[609] El Grupo Especial constató que en el IRA,

[604] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1323 y 7.1324 (donde se cita la respuesta del Dr. Cross a la pregunta 120 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafos 684-687; y la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informe del Grupo Especial, anexo B-2, Dr. Cross, párrafo 663).

[605] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1326.

[606] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.872 (donde se hace referencia a la segunda comunicación escrita de Nueva Zelandia, párrafos 2.768 y 2.784).

[607] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.872 (donde se cita la primera comunicación escrita de Nueva Zelandia, párrafo 4.377).

[608] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.879 (donde se cita la respuesta del Dr. Cross a la pregunta 96 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 556).

[609] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.881 (donde se cita la respuesta del Dr. Cross a la pregunta 96 del Grupo Especial, informe del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 560).

en el que se clasificaban como "bajas" las consecuencias biológicas y económicas globales de la ALCM, había una tendencia a sobrestimar la gravedad de las consecuencias de la ALCM.[610]

402. Teniendo en cuenta lo anterior, señalamos que el Grupo Especial examinó una considerable cantidad de pruebas en relación con el riesgo asociado a la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia. Sin embargo, aunque analizó muchas de esas pruebas, en definitiva, no formuló constataciones claras sobre ellas ni sobre las tesis concretas expuestas por Nueva Zelandia en apoyo de su alegación al amparo del párrafo 6 del artículo 5. El Grupo Especial parece haber considerado que, con la medida alternativa que exigía la inspección de una muestra de 600 frutas de cada lote de importación, la transmisión de la ALCM a una planta hospedante vulnerable "probablemente casi nunca tendría lugar". El Grupo Especial también citó testimonios de los expertos designados por él en los que se indicaba que algunos otros riesgos eran difíciles de calcular o no se habían calculado. Sin embargo, no podemos interpretar esas sugerencias como constataciones positivas. Además, no hay indicación alguna de cuál era a juicio del Grupo Especial el riesgo *global* asociado a la medida alternativa propuesta por Nueva Zelandia en relación con la ALCM, es decir, el riesgo de entrada, de radicación y de propagación de la ALCM, ni de cuáles eran en su opinión las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas. Por consiguiente, no podemos identificar elementos de hecho no controvertidos o constataciones fácticas del Grupo Especial suficientes para formular una constatación sobre el nivel de riesgo asociado a la medida alternativa de Nueva Zelandia para la ALCM. De ello se desprende que no podemos realizar la comparación necesaria entre el nivel de protección que ofrecía la medida alternativa de Nueva Zelandia y el nivel adecuado de protección de Australia. Por consiguiente, no podemos completar el análisis jurídico de la segunda condición establecida en el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

3. Las restantes alegaciones de error de Australia

403. Al haber revocado la constatación del Grupo Especial de que las medidas de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano y a la ALCM son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, no es necesario que examinemos los demás argumentos expuestos por Australia en apoyo de su apelación contra dichas constataciones, a saber: i) que el Grupo Especial aplicó erróneamente la normas de la carga de la prueba al exigir únicamente a Nueva Zelandia que demostrara que las medidas alternativas que había propuesto "podrían" o "podían" lograr el nivel adecuado de protección de Australia, en lugar de exigirle que demostrara que lo lograrían efectivamente; ii) que el Grupo Especial interpretó erróneamente la expresión "nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria" del párrafo 6 del artículo 5, puesto que evaluó sólo la probabilidad

[610] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.883.

de entrada, radicación y propagación de una plaga y no las "posibles consecuencias biológicas y económicas conexas"; y iii) que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido en el contexto de su análisis del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[611]

404. No obstante, formulamos las siguientes observaciones. En primer lugar, en lo que respecta a la cuestión de la carga de la prueba, consideramos, como de hecho hace Australia, que el Grupo Especial articuló debidamente la carga de la prueba pertinente cuando declaró que "evaluar[ía] si Nueva Zelandia ha[bía] aportado pruebas suficientes para fundar la presunción de que la medida alternativa propuesta lograría el nivel adecuado de protección de Australia".[612] Como hemos explicado antes, donde el Grupo Especial incurrió en error fue al tomar de su análisis de la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 del artículo 5 razonamientos y constataciones relativos a las deficiencias de los argumentos del IRA, en lugar de llevar a cabo un análisis independiente de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 y evaluar los argumentos y pruebas que se le habían presentado de conformidad con esa carga de la prueba.

405. En segundo lugar, nos inclinamos a coincidir con Australia en que el sentido de la palabra "riesgo", en la expresión "evaluación del riesgo" del párrafo 4 del Anexo A (según el cual se entiende por evaluación del riesgo, una evaluación "de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas"), informa el concepto de "nivel adecuado de protección", también denominado "nivel de riesgo aceptable". En otras palabras, aceptamos que el "riesgo" asociado a una plaga o enfermedad puede acarrear "consecuencias". En cualquier caso, no cabe duda de que Australia ha incluido las consecuencias en el nivel adecuado de protección que ha establecido, como demuestra, entre otras cosas, su matriz de estimación del riesgo (que se reproduce *supra*, en el párrafo 147 del presente informe), ni de que, por consiguiente, la evaluación de la cuestión de si una medida alternativa satisface el nivel adecuado de protección debe tener en cuenta, en el grado en que sea pertinente hacerlo, las posibles consecuencias asociadas a la entrada, radicación y propagación de una plaga.

406. En tercer lugar, Australia afirma que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido en el contexto de su análisis del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*[613] y sugiere que un grupo especial debe, de conformidad con el "mandato limitado" que se establece en el artículo 11 del ESD, abstenerse de realizar su propia evaluación del riesgo para

[611] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 178 y 188 3).
[612] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 170 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1137).
[613] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafos 178 y 188 3).

determinar si la medida alternativa lograría el nivel adecuado de protección.[614] No estamos seguros de lo que alega exactamente Australia al invocar el artículo 11 de esta forma, y Australia no expone ningún argumento en apoyo de su alegación. Como ha sostenido el Órgano de Apelación, una impugnación al amparo del artículo 11 del ESD debe sostenerse por sí misma y justificarse con argumentos concretos, en lugar de presentarse simplemente como un argumento subsidiario o una alegación en apoyo de otra alegación de que un grupo especial no ha interpretado o aplicado correctamente una determinada disposición de un acuerdo abarcado.[615]

C. *Conclusión*

407. Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, *revocamos* la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.1403 y 8.1 e)[616] de su informe, de que las medidas de Australia en litigio concernientes a la niebla del peral y del manzano y a la ALCM son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Sin embargo, no estamos en condiciones de completar el análisis jurídico de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

IX. La otra apelación de Nueva Zelandia - Párrafo 1 a) del Anexo C y artículo 8 del *Acuerdo MSF*[617]

408. Pasamos a ocuparnos ahora de la otra apelación de Nueva Zelandia. Nueva Zelandia nos solicita que revoquemos la constatación del Grupo Especial de que "la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y su alegación consiguiente al amparo del artículo 8 del Acuerdo MSF no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial en esta diferencia".[618] Nueva Zelandia nos solicita también que completemos el análisis en lo que respecta a sus alegaciones de demoras indebidas.[619]

409. Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las alegaciones de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del

---

[614] Comunicación del apelante presentada por Australia, párrafo 178.

[615] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Salvaguardias sobre el acero*, párrafo 498.

[616] Véase también el informe del Grupo Especial, párrafos 7.1197 y 7.1266 (con respecto a la niebla del peral y del manzano), y párrafos 7.1328 y 7.1365 (con respecto a la ALCM).

[617] Sólo en nuestro análisis de las medidas que Nueva Zelandia identificó en su solicitud de establecimiento de un grupo especial nos referimos a "17" medidas. (Véase *infra*, párrafos 411-426 del presente informe) Al completar el análisis jurídico y formular en último término nuestras constataciones en esta sección de nuestro informe, nos referimos, sin embargo, a las "16" medidas que están en litigio, dado que, como se explicó *supra* en el párrafo 126 del presente informe, las partes alcanzaron un acuerdo sobre la medida 12, y Nueva Zelandia notificó al Grupo Especial que desistiría de sus alegaciones concernientes a esa medida.

[618] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 f).

[619] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 29.

Acuerdo MSF no estaban comprendidas en el mandato. En particular, Nueva Zelandia aduce que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, en el contexto de una alegación de incumplimiento de la obligación referente a las "demoras indebidas" establecida en el párrafo 1 a) del Anexo C, la medida en litigio ha de ser necesariamente el "procedimiento" al que se refiere la parte introductoria del párrafo 1 a) del Anexo C.[620] La referencia a los "procedimientos de aprobación" en el párrafo 1 a) del Anexo C no implica, según Nueva Zelandia, que esos "procedimientos de aprobación" hayan de ser identificados como las medidas en litigio en la solicitud de establecimiento de un grupo especial[621] y, a juicio de Nueva Zelandia, no hay en los acuerdos abarcados ninguna prescripción que exija que la medida en litigio cause directamente el incumplimiento de las obligaciones pertinentes.[622] Al constatar que únicamente los "procedimientos" a que se refiere la parte introductoria del párrafo 1 a) del Anexo C pueden ser la medida en litigio, el Grupo Especial limitó indebidamente las medidas en litigio en función de la obligación específica a que se refería la impugnación, empañando la distinción entre medidas y alegaciones que se establece en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Sin embargo, a juicio de Nueva Zelandia, las 17 medidas eran un objeto apropiado para sus alegaciones al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8, porque esas medidas no se habían elaborado sin demoras indebidas.[623]

410. Por su parte, Australia está de acuerdo con la constatación última del Grupo Especial según la cual las alegaciones de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial. En particular, Australia considera que el Grupo Especial constató correctamente que no se había identificado en la solicitud de establecimiento de un grupo especial el objeto de las alegaciones de Nueva Zelandia, es decir, el "proceso relativo al IRA", y que dicho proceso es una medida distinta de las 17 medidas impugnadas por Nueva Zelandia.[624]

A. *La cuestión de si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las alegaciones de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del* Acuerdo MSF *no estaban comprendidas en su mandato*

411. El Grupo Especial comenzó su análisis examinando si las medidas a las que se referían las alegaciones de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF* estaban comprendidas en su mandato.[625] Al responder a esta cuestión de jurisdicción, el Grupo Especial observó primero que el texto del párrafo 1 a) del Anexo C se refiere a los "procedimientos para *verificar y asegurar* el cumplimiento de las medidas sanitarias y

[620] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 23.
[621] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 17.
[622] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafos 9-12.
[623] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 21.
[624] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 10 y 11.
[625] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1443.

fitosanitarias"[626], y que el "proceso relativo al IRA" es un procedimiento del tipo de aquellos que, si se demoran indebidamente, "podría[n] infringir el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF".[627]

412. A continuación, el Grupo Especial examinó si Nueva Zelandia había identificado un procedimiento pertinente en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. El Grupo Especial señaló que las medidas identificadas eran únicamente las 17 medidas enumeradas en apartados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia. Sin embargo, a juicio del Grupo Especial, Nueva Zelandia no tenía la intención de impugnar el contenido de las 17 medidas "en sí mismo", sino que el objeto de sus alegaciones eran, más bien, las supuestas demoras en "el procedimiento conducente a la adopción de esas 17 prescripciones".[628] Dado que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia no se hacía referencia específica a ese procedimiento, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que Nueva Zelandia no había "identificado debidamente la medida en litigio en el contexto de su[s] alegaci[ones] al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8"[629], y que, por consiguiente, esas alegaciones no estaban comprendidas en su mandato.[630]

413. Recordamos que, en una etapa anterior de las actuaciones, el Grupo Especial, en respuesta a una petición de Australia, había dictado una resolución preliminar en la que determinaba que las 17 medidas identificadas por Nueva Zelandia en su solicitud de establecimiento de un grupo especial estaban comprendidas en su mandato, y que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial no se había identificado correctamente ninguna otra medida. En su resolución preliminar, el Grupo Especial constató también que, aunque "lo ideal, y lo que habría preferido el Grupo Especial, habría sido una explicación más explícita de *cómo* o *por qué* considera Nueva Zelandia que las medidas en litigio infringen las disposiciones identificadas del Acuerdo MSF", Nueva Zelandia, en virtud de los términos empleados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial y el contenido específico de las disposiciones invocadas, había aportado "información suficiente para informar adecuadamente a la parte demandada y a otros Miembros de la OMC sobre la naturaleza de la reclamación y para que la parte demandada pud[iera] empezar a preparar su defensa".[631] Posteriormente, el Grupo Especial rehusó dictar una segunda resolución preliminar solicitada por Australia sobre la cuestión específica

[626] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1463. (las cursivas figuran en el original)
[627] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1465.
[628] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1468.
[629] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1474.
[630] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1477 y 8.1 f).
[631] Resolución preliminar del Grupo Especial, 6 de junio de 2008, informe del Grupo Especial, anexo A-2, párrafo 11. (las cursivas figuran en el original) Resulta desconcertante para nosotros, por lo tanto, la declaración del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.1474 de su informe de que "Nueva Zelandia no ... presentó un breve resumen de *por qué* y *cómo* las 17 prescripciones específicas en litigio podían infringir esas disposiciones". (las cursivas figuran en el original)

de si las alegaciones de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF* estaban excluidas del mandato del Grupo Especial.[632]

414. Parece, por lo tanto, que en la resolución preliminar del Grupo Especial se determinó lo siguiente: que las *medidas en litigio* en esta diferencia eran exclusivamente las 17 medidas enumeradas en los apartados de la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia; y que las *alegaciones* pertinentes eran las disposiciones citadas por Nueva Zelandia en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, entre las que figuran el artículo 8 y el párrafo 1 a) del Anexo C del *Acuerdo MSF*. Observamos que ninguna de las partes ha apelado la resolución preliminar del Grupo Especial ni su decisión de no dictar una segunda resolución preliminar.

415. Teniendo en cuenta todo lo anterior, comenzamos nuestro análisis con el texto del párrafo 2 del artículo 6 del ESD, que en la parte pertinente dispone lo siguiente:

> [En l]as peticiones de establecimiento de grupos especiales ... se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad.

416. El párrafo 2 del artículo 6 del ESD, que es una pieza fundamental en el sistema de solución de diferencias de la OMC, establece dos requisitos esenciales que ha de satisfacer el reclamante en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, a saber, la "identificación de las medidas concretas en litigio y la presentación de una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación (o alegaciones)".[633] En conjunto, esos dos elementos constituyen el "*asunto* sometido al OSD"[634], por lo que, si cualquiera de ellos no está debidamente identificado, el asunto no estaría comprendido en el mandato del grupo especial. El cumplimiento de estos requisitos no es una mera formalidad. Antes bien, los elementos que han de identificarse cumplen, como ha sostenido en ocasiones anteriores el Órgano de Apelación, dos funciones, a saber: i) constituyen la base del mandato del grupo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del ESD; y ii) garantizan el debido proceso al informar al demandado y los terceros del asunto sometido al grupo especial.[635]

---

[632] Informe del Grupo Especial, párrafos 1.15 y 1.16.

[633] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 125. (no se reproducen las cursivas del original)

[634] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 125. (sin cursivas en el original)

[635] Véanse el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Reducción a cero (Japón) (párrafo 5 del artículo 21 - Japón)*, párrafo 108; el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Continuación de la reducción a cero*, párrafo 161; el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 126; y el informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 142.

417. Además, las dos prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 del ESD son distintas y "no deben confundirse".[636] En *Guatemala - Cemento I* el Órgano de Apelación indicó que, al interpretar que la palabra "medida" en el párrafo 2 del artículo 6 del ESD "es sinónimo de alegaciones de *violaciones*" de los acuerdos abarcados, el Grupo Especial que se ocupó de esa diferencia había "difumina[do] la distinción entre una 'medida' y las 'alegaciones' de anulación o menoscabo de ventajas".[637] De forma similar, en *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, el Órgano de Apelación determinó que el Grupo Especial que examinó esa diferencia, al interpretar la expresión "medidas en litigio" del párrafo 2 del artículo 6 a la luz de la obligación supuestamente incumplida, había enturbiado la distinción entre medidas y alegaciones.[638] Por consiguiente, la medida en litigio y la alegación son dos elementos distintos que un reclamante debe identificar a fin de que el asunto sometido esté debidamente comprendido en el mandato del grupo especial. Al comprobar que el reclamante se ha ajustado "a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD"[639], el grupo especial ha de cerciorarse de que ambos elementos han sido debidamente identificados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial.

418. Está también firmemente establecido que el cumplimiento de las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 debe determinarse a la luz de la solicitud de establecimiento del grupo especial, y que "[l]os defectos de la solicitud no puede ser 'subsanados' en las comunicaciones posteriores de las partes durante las actuaciones del grupo especial".[640] Dichas comunicaciones sólo pueden utilizarse para confirmar el significado de los *términos empleados* en la solicitud de establecimiento del grupo especial y en la evaluación de si el demandado ha sufrido perjuicios en sus posibilidades de preparar su defensa.

419. Nos preocupan principalmente dos aspectos del enfoque aplicado por el Grupo Especial a su análisis de las alegaciones formuladas por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF*.

420. En primer lugar, nos parece que el Grupo Especial ha confundido el requisito de identificar la medida en litigio con el requisito de identificar el fundamento de derecho de la reclamación (la alegación). El Grupo Especial comenzó su análisis declarando que la cuestión que se le había planteado era si las *medidas* a las que se referían las alegaciones de Nueva Zelandia al amparo del

---

[636] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 132.

[637] Informe del Órgano de Apelación, *Guatemala - Cemento I*, párrafo 69. (las cursivas figuran en el original)

[638] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 132.

[639] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 142.

[640] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 127 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafo 143).

párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 estaban comprendidas en su mandato.[641] El Grupo Especial señaló también que, a su juicio, las 17 prescripciones, por un lado, y "su elaboración", por otro, son medidas separadas.[642] Explicó que sus constataciones sobre las medidas comprendidas en el mandato del Grupo Especial no abarcaban "el procedimiento mediante el cual las prescripciones se elaboraron en el proceso relativo al IRA".[643] Luego, examinó varias formas en que Nueva Zelandia podría haber identificado la *medida* que supuestamente incumplía la obligación del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF*.[644] Sin embargo, después de haber centrado por entero su análisis en cuáles eran las *medidas* que Nueva Zelandia había o debía haber identificado, el Grupo Especial pasó a constatar que "la *alegación* de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y su *alegación* consiguiente al amparo del artículo 8 del Acuerdo MSF no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial en esta diferencia".[645]

421. Como se ha observado antes, *medidas* y *alegaciones* son conceptos diferentes, y en el párrafo 2 del artículo 6 se enuncian requisitos distintos, todos y cada uno de los cuales deben satisfacerse en la solicitud de establecimiento de un grupo especial para que un asunto forme parte del mandato del grupo especial. El Grupo Especial no tuvo debidamente en cuenta esta distinción fundamental entre *medidas* y *alegaciones*, ya que, por un lado, analizó si Nueva Zelandia había identificado en su solicitud de establecimiento de un grupo especial la *medida en litigio* concreta y, por otro, constató que eran las *alegaciones*, y no la *medida*, las que no estaban comprendidas en su mandato.

422. En segundo lugar, nos preocupa la forma en que el Grupo Especial analizó si Nueva Zelandia había satisfecho el requisito de identificar la *medida en litigio* concreta en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. El Grupo Especial describió su enfoque de la siguiente manera:

> si las 17 prescripciones específicas en litigio <u>pueden infringir</u> el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF, o, subsidiariamente, si la medida que supuestamente pudiera infringir el párrafo 1 a) del Anexo C es distinta de esas 17 prescripciones específicas, y en consecuencia no ha sido identificada debidamente en la solicitud de establecimiento de Nueva Zelandia.[646] (sin subrayar en el original)

423. El Grupo Especial formuló además la siguiente pregunta: "¿*qué* impugna Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C? ¿*Qué*, según Nueva Zelandia, <u>da lugar a la infracción</u> del

[641] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1443.
[642] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1469.
[643] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1473.
[644] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1475.
[645] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1477 y 8.1 f). (sin cursivas en el original)
[646] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1453.

párrafo 1 a) del Anexo C?"[647] Así pues, el Grupo Especial parece haber entendido que la cuestión de si las 17 medidas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial *pueden infringir* o *dar lugar a la infracción de* la obligación del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF* era una cuestión de jurisdicción. No estamos de acuerdo con este enfoque del Grupo Especial. Para que un asunto esté comprendido en el mandato de un grupo especial, en el sentido del párrafo 2 del artículo 6 y el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, el reclamante debe identificar "las medidas concretas en litigio" y los "fundamentos jurídicos de la reclamación, [de manera] que sea suficiente para presentar el problema con claridad". Además, "un Miembro reclamante disfruta de una cierta discrecionalidad por lo que respecta a la identificación de la medida concreta en litigio"[648] y "[s]iempre que se satisfagan los requisitos de concreción establecidos en el párrafo 2 del artículo 6, [no hay] motivo alguno para impedir a un Miembro que en una solicitud de establecimiento exponga como la medida en litigio 'cualquier acto u omisión' atribuible a otro Miembro".[649] El párrafo 2 del artículo 6 del ESD no impone, como da a entender el análisis del Grupo Especial, una prescripción adicional en virtud de la cual el reclamante deba demostrar en su solicitud de establecimiento de un grupo especial que la medida en litigio identificada *da lugar a la infracción de* la obligación pertinente o *puede infringir* esa obligación.

424. En esta diferencia, el análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 del artículo 6 debía haberse circunscrito a determinar qué era lo que Nueva Zelandia había identificado como las medidas concretas en litigio y a establecer, por separado, qué era lo que había identificado como el fundamento de derecho de su reclamación (sus alegaciones).[650] En su resolución preliminar, el Grupo Especial ya había constatado que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia se identificaban como fundamento de las alegaciones de Nueva Zelandia

[647] Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1459. (las cursivas figuran en el original, sin subrayar en el original)

[648] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 149.

[649] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Determinadas cuestiones aduaneras*, párrafo 133. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*)*, párrafo 263, donde, en relación con la solicitud de celebración de consultas, el Órgano de Apelación declaró que "los Miembros que solicitan la celebración de consultas deben disfrutar de un grado de libertad para identificar, en las solicitudes de celebración de consultas presentadas con arreglo al párrafo 2 del artículo 4, las cuestiones relativas a los acuerdos abarcados para que se examinen en las consultas".

[650] Nos resulta difícil comprender por qué el Grupo Especial consideró útil acometer un análisis en abstracto sobre "qué tipo de palabras en concreto habría sido adecuado que Nueva Zelandia utilizara" para identificar, en su solicitud de establecimiento de un grupo especial, una medida distinta de las que de hecho identificó. (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1475)

las 17 medidas y el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF* y que, por lo tanto, ese asunto estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial.[651]

425. En cambio, la cuestión de si las medidas identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial *pueden infringir* o *dan lugar a la infracción* de la obligación establecida en el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 es una cuestión sustantiva que debe analizarse y resolverse atendiendo al fondo, no a la forma. El Grupo Especial, sin embargo, detuvo su análisis al llegar a la etapa jurisdiccional. No llegó a analizar si Nueva Zelandia había acreditado *prima facie* que las 17 medidas, según las había identificado en su solicitud de establecimiento de un Grupo Especial, eran incompatibles con el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF*.

426. A la luz de las consideraciones precedentes, concluimos que el Grupo Especial incurrió en error al constatar, en los párrafos 7.1477 y 8.1 f) de su informe, que la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y su alegación consiguiente al amparo del artículo 8 del *Acuerdo MSF* no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial en esta diferencia. Por consiguiente, *revocamos* esa constatación.

B. *Compleción del análisis jurídico*

427. Nueva Zelandia nos pide que "complete[mos] el análisis de la alegación de demoras indebidas formulada por Nueva Zelandia".[652] Aunque no identifica de forma precisa la resolución que trata de obtener de nosotros, Nueva Zelandia indica que "ha impugnado, al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C, las demoras indebidas en la elaboración de las [16] prescripciones especificadas en el IRA que se exponen en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia"[653] y añade que "no considera que el párrafo 1 a) del Anexo C, debidamente interpretado, excluya esa impugnación o exija que la medida en litigio haya de ser necesariamente el proceso relativo al IRA ya expirado".[654]

428. Desde el punto de vista jurídico, entendemos que la petición de Nueva Zelandia de que se complete el análisis se basa en las tres proposiciones siguientes: i) en el *Acuerdo MSF* no hay ninguna prescripción que exija que, "por lo que respecta a las obligaciones, la medida en litigio cause

[651] Señalamos también que el Grupo Especial reconoció en el párrafo 11 de su resolución preliminar que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por Nueva Zelandia no había perjudicado "la capacidad de Australia de defenderse en el curso del procedimiento del Grupo Especial".

[652] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 27; véanse también los párrafos 4 y 29.

[653] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 3.

[654] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 3.

directamente el incumplimiento"[655]; ii) las 16 MSF en litigio están "vinculadas de forma inextricable al proceso mediante el que fueron elaboradas; no se elaboraron sin demoras indebidas, y siguen menoscabando ventajas"[656]; y iii) una demora es "indebida" si "el tiempo empleado excede de lo razonablemente necesario para verificar y asegurar el cumplimiento de sus prescripciones sanitarias o fitosanitarias pertinentes".[657]

429. Nueva Zelandia destaca también los siguientes "elementos de hecho fundamentales", que, según afirma "no [son] controvertidos", para respaldar su petición de que se complete el análisis[658]: i) el transcurso de un período de ocho años para ultimar el IRA[659]; ii) las cartas remitidas por el AQIS poco después del inicio del proceso relativo al IRA en las que se indicaba que "el análisis del riesgo tardará aproximadamente 12 meses en ultimarse" y que se llevaría a cabo un proceso rutinario "basado en la consideración de que esta propuesta es técnicamente menos compleja y no exige la evaluación de riesgos significativamente mayores o diferentes de los ... examinados anteriormente"[660] por el Servicio australiano de cuarentena; iii) el reconocimiento, en un examen, prescrito por el Gobierno de Australia, del sistema australiano de cuarentena, de que "las demoras son difíciles de justificar"[661]; y iv) la ausencia de una explicación o justificación de las demoras por parte de Australia.

430. Australia responde que "la alegación sustantiva de demoras indebidas [formulada por Nueva Zelandia] se basa en una interpretación errónea del párrafo 1 del Anexo C", porque los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las MSF a que se hace referencia en el párrafo 1 a) del Anexo C, en el sentido corriente de la expresión, no pueden considerarse equivalentes "a un procedimiento destinado a 'elaborar' MSF", dado que las 16 medidas en litigio "se adoptaron

---

[655] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 11.

[656] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 21.

[657] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 28 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1499).

[658] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 28.

[659] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 28 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafos 2.31 y 2.32, y al anexo I de la primera comunicación escrita de Australia al Grupo Especial).

[660] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 28. Véanse la carta del AQIS al Ministerio de Agricultura y Silvicultura de Nueva Zelandia, de fecha 25 de febrero de 1999; y las cartas adicionales a los colectivos interesados en relación con el IRA, de fecha 15 de abril de 1999 y 28 de junio de 1999 (Prueba documental 104 presentada por Nueva Zelandia al Grupo Especial).

[661] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de otro apelante, párrafo 28. Véase la segunda comunicación escrita de Nueva Zelandia al Grupo Especial, párrafo 2.935 (donde se cita *One Biosecurity: A Working Partnership, the Independent Review of Australia's Quarantine and Biosecurity Arrangements, Report to the Australia Government*, 30 de septiembre de 2008, página 100).

después y como consecuencia del proceso relativo al IRA".[662] Australia afirma que el Grupo Especial constató acertadamente que el objeto de la impugnación planteada por Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 era la "elaboración y adopción injustificablemente demoradas de las [16] MSF en litigio"[663] y que la elaboración de las 16 medidas en litigio "era conceptualmente distinta"[664] de las propias MSF, y concluye, en consecuencia, que las 16 medidas en litigio no corresponden ni al "procedimiento" ni a las "MSF" a que se hace referencia en la parte introductoria del párrafo 1 a) del Anexo C.[665]

431. Australia sostiene que, en cualquier caso, el Órgano de Apelación no debe completar el análisis jurídico, dada la "ausencia de constataciones fácticas pertinentes del Grupo Especial" sobre esta cuestión.[666] En particular, en la primera comunicación escrita de Australia se refutó el argumento de Nueva Zelandia de que no había explicación o justificación para estas demoras. En cuanto a la utilización por Nueva Zelandia de determinadas declaraciones extraídas del examen interno del sistema australiano de cuarentena, Australia indica que explicó al Grupo Especial el contexto en que esas declaraciones se formularon.[667]

432. Por consiguiente, pasamos a examinar las disposiciones de que se trata. El texto del artículo 8 del *Acuerdo MSF* es el siguiente:

> Los Miembros observarán las disposiciones del Anexo C al aplicar procedimientos de control, inspección y aprobación, con inclusión de los sistemas nacionales de aprobación del uso de aditivos o de establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, en las bebidas o en los piensos, y se asegurarán en lo demás de que sus procedimientos no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo.

---

[662] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafos 16 y 18. (las cursivas figuran en el original)

[663] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 12 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.1459).

[664] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 13.

[665] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 19.

[666] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 20.

[667] Comunicación del apelado presentada por Australia, párrafo 20 (donde se hace referencia a la respuesta de Australia a la pregunta 127 del Grupo Especial después de su segunda reunión).

433. El párrafo 1 a) del Anexo C del *Acuerdo MSF* estipula, en la parte pertinente, lo siguiente:

> ANEXO C
>
> PROCEDIMIENTOS DE CONTROL, INSPECCIÓN Y APROBACIÓN[7]
>
> 1. Con respecto a todos los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros se asegurarán:
>
> a) de que esos procedimientos se inicien y ultimen sin demoras indebidas y de manera que no sea menos favorable para los productos importados que para los productos nacionales similares;
>
> [7] Los procedimientos de control, inspección y aprobación comprenden, entre otros, los procedimientos de muestreo, prueba y certificación.

434. El artículo 8 del *Acuerdo MSF* establece la obligación de cumplir las disposiciones del Anexo C relativas a "[la aplicación de] procedimientos de control, inspección y aprobación". Por lo tanto, el Anexo C del *Acuerdo MSF* confiere sentido y contenido al artículo 8 y, a tenor de este artículo, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Anexo C supone también una infracción del artículo 8.[668]

435. Muchas disposiciones del *Acuerdo MSF*, como el artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5, se centran directamente en las MSF en sí mismas. En cambio, las obligaciones que se establecen en el párrafo 1 del Anexo C y en el artículo 8 se refieren expresamente a los *procedimientos*. El texto del párrafo 1 del Anexo C identifica los tipos de procedimientos a los que son aplicables las obligaciones establecidas en los apartados a) a i), a saber, "todos los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias".[669] El párrafo 1 del Anexo C establece, por

[668] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1569; informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, párrafos 7.393-7.395.

[669] Las obligaciones establecidas en el párrafo 1 del Anexo C son las siguientes: a) que esos procedimientos se inicien y ultimen sin demoras indebidas y de manera que no sea menos favorable para los productos importados que para los productos nacionales similares; b) que las solicitudes se tramiten prontamente y que se publiquen los períodos de tramitación; c) que no se exija más información de la necesaria; d) que el carácter confidencial de las informaciones sea objeto de un trato no menos favorable que en el caso de los productos nacionales; e) que las prescripciones que puedan establecerse para el control, inspección y aprobación de muestras individuales de un producto se limiten a lo que sea razonable y necesario; f) que los derechos relacionados con los procedimientos sean equitativos en comparación con los que se perciban cuando se trate de productos nacionales, y no sean superiores al costo real del servicio; g) que se apliquen los mismos criterios en cuanto al emplazamiento de las instalaciones utilizadas en los procedimientos y la selección de muestras a los productos importados que a los productos nacionales; h) que, en el caso de productos modificados tras su control e inspección, el procedimiento se circunscriba a lo necesario para determinar si

tanto, que debe haber una relación entre los "procedimientos" pertinentes y las "medidas sanitarias y fitosanitarias". El título del Anexo C y el texto del artículo 8 aclaran aún más los tipos de procedimientos que están sujetos a las diversas obligaciones establecidas en los apartados a) a i), al hacer referencia a los *procedimientos de control, inspección* y *aprobación*. Además, la nota 7 al título del Anexo C y el artículo 8, ofrecen ejemplos concretos de tales procedimientos. La nota 7 menciona los "procedimientos de muestreo, prueba y certificación", y el artículo 8 cita los "sistemas nacionales de aprobación del uso de aditivos o de establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, en las bebidas o en los piensos".

436. Por otra parte, el artículo 8 hace referencia a la "[*aplicación de*] procedimientos de control, inspección y aprobación", y el párrafo 1 a) del Anexo C exige que los procedimientos pertinentes se *inicien* y *ultimen* sin demoras indebidas. Puesto que los procedimientos a que se refiere el párrafo 1 del Anexo C son los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las MSF, ello parece indicar que dichas medidas existen *antes* de que se apliquen, inicien o ultimen los procedimientos pertinentes, ya que éstos están destinados a verificar y asegurar el cumplimiento de aquéllas. Como se explica detalladamente más adelante, las circunstancias concretas que concurren en el presente caso hacen innecesario que identifiquemos más detenidamente las "MSF" y los "procedimientos" a los que son aplicables las obligaciones establecidas en el párrafo 1 del Anexo C y en el artículo 8.[670]

437. El párrafo 1 a) del Anexo C impone la obligación de que los procedimientos pertinentes se inicien y ultimen "sin demoras indebidas". El sentido corriente de la palabra "*delay*" ("demora") es "*(a period of) time lost by inaction or inability to proceed*" ("(período de) tiempo perdido por

---

existe la debida seguridad de que el producto sigue ajustándose a la reglamentación de que se trate; e i) que exista un procedimiento para examinar las reclamaciones relativas al funcionamiento de tales procedimientos y tomar medidas correctivas cuando la reclamación esté justificada.

[670] A este respecto, observamos que el Grupo Especial consideró que "las 'medidas sanitarias y fitosanitarias' a que se hace referencia en el texto del párrafo 1 a) del Anexo C pueden ser una prescripción de realizar una evaluación del riesgo de las importaciones antes de permitir la importación de mercancías que podrían suponer riesgos sanitarios o fitosanitarios", y que, en tales circunstancias, "la evaluación del riesgo de las importaciones efectivamente realizada con respecto a una mercancía específica podría constituir el procedimiento para verificar y asegurar el cumplimiento de esta 'MSF'". (Informe del Grupo Especial, párrafo 7.1463) En consecuencia, según el razonamiento del Grupo Especial, "un procedimiento de aprobación de MSF, como el proceso relativo al IRA, si se demorara indebidamente, podría infringir el párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF". (*Ibid.*, párrafo 7.1465 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1336)) Aunque el Grupo Especial no identificó explícitamente en su análisis la "MSF" pertinente con la que el proceso relativo al IRA "verific[ó] y asegur[ó] la aprobación", resumió los argumentos de las partes, basados en el supuesto de que el proceso relativo al IRA (el procedimiento pertinente) verificó y aseguró el cumplimiento del régimen australiano de cuarentena aplicado a la importación de frutas y verduras frescas (la MSF pertinente). (*Ibid.*, párrafos 7.1431 y 7.1436) Dado el modo en que Nueva Zelandia presentó sus alegaciones e identificó las medidas en litigio, no es necesario que determinemos si el proceso relativo al IRA y el régimen australiano de cuarentena podrían constituir un "procedimiento de aprobación" y una "MSF", respectivamente, en el sentido del párrafo 1 del Anexo C. En consecuencia, ni confirmamos ni rechazamos el planteamiento que el Grupo Especial parece haberse inclinado a aceptar.

inactividad o por incapacidad de avanzar").[671] Por "*undue*" ("indebido") se entiende algo "*that ought not to be or to be done, inappropriate, unsuitable, improper, unrightful, unjustifiable*" ("que no debería ser o hacerse, inadecuado, inaceptable, impropio, incorrecto, injustificable") o "*going beyond what is warranted or natural; excessive, disproportionate*" ("que va más allá de lo aceptado o natural; excesivo, desproporcionado").[672] Por consiguiente, el párrafo 1 a) del Anexo C exige a los Miembros que se aseguren de que los procedimientos pertinentes se inicien y ultimen con la celeridad adecuada, es decir, que no se prolonguen durante un período inaceptable, o excesivo, desproporcionado o injustificable de algún otro modo.[673] No se puede, en consecuencia, determinar en abstracto si un procedimiento pertinente se ha demorado indebidamente; sino que esa determinación exige un análisis caso por caso de las razones por las que supuestamente no se ha actuado con la celeridad adecuada, y de si esas razones son justificables.

438. En el presente caso, las alegaciones de Nueva Zelandia plantean la cuestión de *qué medidas* podrían incumplir la obligación impuesta por el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 de iniciar y ultimar los procedimientos pertinentes sin demoras indebidas. Como hemos visto, la obligación que se establece en el párrafo 1 a) del Anexo C exige que los Miembros inicien, y ultimen, determinados *procedimientos* sin demoras indebidas. Así pues, los procedimientos son el objetivo directo de la obligación pertinente, y esos procedimientos pueden ser en sí mismos la medida que incumple esa obligación. No obstante, de ello no se infiere que haya que excluir *a priori* la posibilidad de que otros tipos de medidas sean el objetivo adecuado de una alegación de incompatibilidad con el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8. En nuestra opinión, la obligación de asegurar que se inicien y ultimen los procedimientos pertinentes sin demoras indebidas puede incumplirse mediante medidas distintas de los propios procedimientos de control, inspección y aprobación, tales como medidas que prohíban o impidan iniciar y ultimar esos procedimientos "sin demoras indebidas", o constituyan un obstáculo para hacerlo, u omisiones consistentes en no actuar "sin demoras indebidas".[674] Aun cuando no sean

---

[671] *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 1, página 635.

[672] *Shorter Oxford English Dictionary*, sexta edición, A. Stevenson (editor) (Oxford University Press, 2007), volumen 2, página 3431.

[673] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1495. Ese Grupo Especial hizo al parecer una interpretación similar de la expresión "sin demoras indebidas" al declarar que la obligación que se establece en el párrafo 1 a) del Anexo C exige que "los procedimientos de aprobación se inicien y ultimen *sin ninguna pérdida de tiempo injustificable*". (sin cursivas en el original)

[674] Observamos que, en diferencias anteriores relativas a alegaciones formuladas al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8, varios grupos especiales han tenido que enfrentarse a medidas distintas de los *procedimientos*. En el asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, el Grupo Especial se ocupó de una moratoria general *de facto* consistente en suspender la consideración de las solicitudes de aprobación y no considerar determinadas solicitudes de aprobación. (Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.47) En el asunto *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, la medida en litigio era una disposición legislativa que prohibía cualquier utilización de

procedimientos en sí mismas, estas medidas podrían igualmente dar lugar a una infracción del párrafo 1 a) del Anexo C y del artículo 8.

439. En consecuencia, la cuestión que se nos plantea es si las 16 medidas, tanto en su conjunto como consideradas individualmente, son incompatibles con la obligación que figura en el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF*. Las 16 medidas en litigio constituyen prescripciones específicas que Nueva Zelandia debe cumplir al exportar manzanas al mercado australiano. Todas ellas tienen un contenido sustantivo y establecen acciones concretas que los productores y exportadores de manzanas y las autoridades de Nueva Zelandia deben iniciar y ultimar para que se puedan importar manzanas en Australia. Sin embargo, nos parece que, a los efectos de las alegaciones que ha formulado al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y del artículo 8, Nueva Zelandia no impugna el contenido sustantivo de las 16 medidas, sino más bien la elaboración de esas medidas. No obstante, las medidas en sí mismas no identifican ni especifican el proceso que conduce a su adopción, ni las etapas de ese proceso. No comprendemos en qué sentido una simple referencia a las 16 medidas en litigio, en sí misma y por sí misma, puede interpretarse como una referencia a la elaboración de dichas medidas, como sugiere Nueva Zelandia.

440. Nueva Zelandia aduce también que "no hay ninguna prescripción que exija que ..., por lo que respecta a las obligaciones, la medida en litigio deba causar directamente el incumplimiento de cada una de ellas".[675] Consideramos que la cuestión de si la medida en litigio puede causar "indirectamente" el incumplimiento de una obligación requiere un examen específico de la obligación pertinente, así como de si los elementos de la medida en litigio, o sus efectos, pueden infringir la obligación de que se trate. Como ya hemos explicado, consideramos que las medidas que pueden incumplir la obligación establecida en el párrafo 1 a) del Anexo C y en el artículo 8 incluyen los "procedimientos de control, inspección y aprobación" pertinentes, las medidas gubernamentales que constituyen un obstáculo para iniciar o ultimar esos procedimientos, o impiden hacerlo, así como el hecho de no iniciar o ultimar esos procedimientos con la celeridad adecuada. Nueva Zelandia no ha aducido que las 16 medidas en litigio sean medidas de alguno de esos tipos ni ha expuesto otros argumentos en apoyo de su afirmación de que esas 16 medidas, individualmente o en su conjunto, incumplen "directa" o "indirectamente" la obligación de actuar "sin demoras indebidas" que se establece en el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8. En consecuencia, no comprendemos cómo las 16 medidas, por sí solas, son "directa" o "indirectamente" incompatibles con el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8. Tampoco estamos convencidos de que la relación entre las 16 medidas en

---

fondos que permitiera importar productos de aves de corral procedentes de China y que, de ese modo, constituía un obstáculo para iniciar y ultimar un procedimiento que era "un requisito previo para la importación de dichos productos". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Aves de corral (China)*, párrafos 7.92 y 7.152)

[675] Comunicación del otro apelante presentada por Nueva Zelandia, párrafo 11.

litigio y el proceso mediante el que fueron elaboradas implique, como sostiene Nueva Zelandia, que ese proceso forma parte de las 16 medidas pertinentes.

441. Reconocemos que, en circunstancias normales, ocho años son un período muy largo para ultimar una evaluación del riesgo. También estamos de acuerdo con el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* en que "una demora dilatada para la que no se ha dado ninguna explicación adecuada puede permitir, en algunas circunstancias, la inferencia de que es 'indebida'".[676] Sin embargo, en tanto que las pruebas que destaca Nueva Zelandia se refieren a la cuestión de si el "proceso relativo al IRA" se demoró indebidamente, ese proceso no es una medida en litigio en la presente diferencia. Por consiguiente, estas pruebas no demuestran que las 16 medidas en litigio no se iniciaran o ultimaran sin demoras indebidas, que impidieran iniciar o ultimar otros procedimientos pertinentes sin demoras indebidas, o que constituyeran un obstáculo para hacerlo.

442. Teniendo en cuenta lo que antecede, *constatamos* que Nueva Zelandia no ha demostrado que las 16 medidas en litigio sean incompatibles con la obligación que corresponde a Australia, en virtud del párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8, de iniciar y ultimar "sin demoras indebidas" los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las MSF.

C. *Conclusión*

443. Por todas las razones antes expuestas, *revocamos* la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.1477 y 8.1 f) del informe del Grupo Especial, de que la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y su alegación consiguiente al amparo del artículo 8 del *Acuerdo MSF* no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial; pero *constatamos* que Nueva Zelandia no ha establecido que las 16 medidas en litigio sean incompatibles con el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF*.

X. Constataciones y conclusiones

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

a) confirma la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.172 y 8.1 b) del informe del Grupo Especial, de que las 16 medidas en litigio, tanto en su conjunto como individualmente, son MSF en el sentido del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*;

[676] Informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1496.

b) confirma la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.906 y 8.1 c) del informe del Grupo Especial, de que las medidas de Australia concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM, así como las medidas generales relacionadas con esas plagas, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y, como consecuencia de ello, son también incompatibles con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*;

c) constata que Australia no ha establecido que el Grupo Especial actuara de manera incompatible con su deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, en el sentido del artículo 11 del ESD;

d) revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.1403 y 8.1 e) del informe del Grupo Especial, de que las medidas de Australia en litigio concernientes a la niebla del peral y del manzano y la ALCM son incompatibles con el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; sin embargo, no está en condiciones de completar el análisis jurídico de la alegación formulada por Nueva Zelandia al amparo de esa disposición; y

e) revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.1477 y 8.1 f) del informe del Grupo Especial, de que la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y su alegación consiguiente al amparo del artículo 8 del *Acuerdo MSF* no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial; sin embargo, constata que Nueva Zelandia no ha establecido que las 16 medidas en litigio sean incompatibles con el párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del *Acuerdo MSF*.

445. El Órgano de Apelación recomienda que el OSD solicite a Australia que ponga las medidas cuya incompatibilidad con el *Acuerdo MSF* se ha constatado en el presente informe y en el informe del Grupo Especial modificado por el presente informe en conformidad con las obligaciones que le incumben en virtud de ese Acuerdo.

Firmado en el original en Ginebra, el 12 de noviembre de 2010, por:

_____

Yuejiao Zhang

Presidente de la Sección

_____

Jennifer Hillman

Miembro

_____

Shotaro Oshima

Miembro

ANEXO I a)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS367/13
3 de septiembre de 2010

(10-4561)

Original: inglés

AUSTRALIA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA IMPORTACIÓN DE MANZANAS PROCEDENTES DE NUEVA ZELANDIA

Notificación de la apelación de Australia de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de Australia, de fecha 31 de agosto de 2010.

---

1. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD) y la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, Australia 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 examinó el asunto *Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia* (WT/DS367/R) (informe del Grupo Especial), y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial en dicho informe.

2. Australia solicita que el Órgano de Apelación examine los siguientes errores de derecho y de interpretación jurídica que contiene el informe del Grupo Especial:

a) Al constatar en definitiva en el apartado b) del párrafo 8.1 de su informe que las 16 medidas en litigio, tanto en su conjunto como individualmente, son MSF, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación de la definición de "medida sanitaria o fitosanitaria" que figura en el párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (Acuerdo MSF). El error se encuentra en los párrafos 7.113-7.187 del informe del Grupo Especial.

b) Al constatar en definitiva en el apartado c) del párrafo 8.1 de su informe que las medidas impuestas por Australia respecto de la niebla del peral y del manzano y la mosquilla de las hojas del manzano (ALCM), así como las medidas generales, son incompatibles con las prescripciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 (y, por ende, del párrafo 2 del artículo 2) del Acuerdo MSF, el Grupo Especial incurrió en error en

su interpretación y aplicación de lo que constituye una "evaluación del riesgo" adecuada. El error se encuentra en los párrafos 7.240-7.472, 7.473-7.510, 7.782-7.887 y 7.898-7.906 del informe del Grupo Especial.

c) Al constatar en definitiva en el apartado c) del párrafo 8.1 de su informe que las medidas impuestas por Australia respecto de la niebla del peral y del manzano y la ALCM, así como las medidas generales, son incompatibles con las prescripciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 (y, por ende, del párrafo 2 del artículo 2) del Acuerdo MSF, el Grupo Especial no cumplió el deber que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una "evaluación objetiva del asunto". Los errores se encuentran en los párrafos 7.240-7.472, 7.473-7.510, 7.782-7.887 y 7.898-7.906 del informe del Grupo Especial.

d) Al constatar en definitiva en el apartado d) del párrafo 8.1 de su informe que las medidas impuestas por Australia respecto de la niebla del peral y del manzano y la ALCM son incompatibles con las prescripciones del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial se basó en las constataciones erróneas que había formulado con respecto a las evaluaciones del riesgo relativas a la niebla del peral y del manzano y a la ALCM al amparo de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 (y, por ende, del párrafo 2 del artículo 2) del Acuerdo MSF para concluir que con las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia se lograría el nivel adecuado de protección de Australia. Además, o subsidiariamente, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 6 del artículo 5, y no hizo una "evaluación objetiva del asunto" como exige el artículo 11 del ESD, al concluir que con las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia se lograría el nivel adecuado de protección de Australia. Los errores se encuentran en los párrafos 7.1133-7.1197 y 7.1286-7.1331 del informe del Grupo Especial.

ANEXO I b)

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS367/13/Corr.1
27 de septiembre de 2010

(10-4894)

Original: inglés

AUSTRALIA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA IMPORTACIÓN DE MANZANAS PROCEDENTES DE NUEVA ZELANDIA

Notificación de la apelación de Australia de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Corrigendum

Mediante carta de 16 de septiembre de 2010, Australia solicitó al Órgano de Apelación autorización, de conformidad con el párrafo 5 de la Regla 18 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, para modificar su anuncio de apelación de fecha 31 de agosto de 2010. No se recibieron de Nueva Zelandia, de los terceros ni de los terceros participantes objeciones a la solicitud de Australia. El 23 de septiembre de 2010, la sección que entiende en la apelación autorizó a Australia a modificar su anuncio de apelación.

En consecuencia, la referencia al "apartado d) del párrafo 8.1" que figura en la primera línea del párrafo 2 d) debe sustituirse por "apartado e) del párrafo 8.1".

ANEXO II

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS367/14
15 de septiembre de 2010

(10-4653)

Original: inglés

AUSTRALIA - MEDIDAS QUE AFECTAN A LA IMPORTACIÓN DE MANZANAS PROCEDENTES DE NUEVA ZELANDIA

Notificación de otra apelación de Nueva Zelandia de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de Nueva Zelandia, de fecha 13 de septiembre de 2010.

---

1. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") y el párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, Nueva Zelandia notifica por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia* (WT/DS367/R) ("informe del Grupo Especial") y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial.

2. Nueva Zelandia solicita que el Órgano de Apelación revise la conclusión jurídica del Grupo Especial de que la alegación de Nueva Zelandia al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y su alegación consiguiente al amparo del artículo 8 del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* ("*Acuerdo MSF*") no están comprendidas en el mandato del Grupo Especial.[1] Esta conclusión es errónea y está basada en una interpretación y aplicación errónea del párrafo 1 a) del Anexo C del *Acuerdo MSF* y el párrafo 2 del artículo 6 del ESD.[2]

---

[1] Informe del Grupo Especial, párrafo 8.1 f).
[2] Informe del Grupo Especial, párrafos 7.1443-7.1490.

ANEXO III

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE | **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO**

WORLD TRADE ORGANIZATION

ÓRGANO DE APELACIÓN

Australia - Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia

AB-2010-2

Resolución de procedimiento

1. El 1º de septiembre de 2010, la Sección del Órgano de Apelación que entiende en la presente apelación recibió una solicitud conjunta de Australia y Nueva Zelandia para que se permitiera la observación por el público de la audiencia del procedimiento de apelación indicado *supra*. Los participantes adujeron que ni en el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD") ni en los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (los "*Procedimientos de trabajo*") había ninguna disposición que impidiera al Órgano de Apelación autorizar la observación de la audiencia por el público. También hicieron referencia a las resoluciones del Órgano de Apelación en cinco procedimientos anteriores en los que se había autorizado la observación de la audiencia por el público.[1]

2. Australia y Nueva Zelandia consideran que la observación de la audiencia por el público en anteriores procedimientos de apelación ha fortalecido la credibilidad y legitimidad del sistema de solución de diferencias de la OMC, y que debería continuarse esta práctica en los casos en que los participantes en la apelación así lo acuerden. También mantienen que la observación por el público se desarrolló sin tropiezos, y que los derechos de los terceros participantes que no deseaban que sus declaraciones orales fueran observadas por el público quedaron plenamente protegidos. Australia y Nueva Zelandia indicaron asimismo que su solicitud se basaba en el entendimiento de que cualquier información a la que se hubiera atribuido carácter confidencial en los documentos presentados en el procedimiento del Grupo Especial estaría adecuadamente protegida en el curso de la audiencia. Australia y Nueva Zelandia estimaron que la modalidad que proponían para la observación de la audiencia por el público, que está en conformidad con la práctica del Órgano de Apelación, permitiría proteger la información a la que se ha atribuido carácter confidencial.

[1] Esos procedimientos son los siguientes: *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* (WT/DS320/AB/R) y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* (WT/DS321/AB/R); *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Segundo recurso del Ecuador al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS27/AB/RW2/ECU) y *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS27/AB/RW/USA); *Estados Unidos - Continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero* (WT/DS350/AB/R); *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS294/AB/RW); y *Estados Unidos - Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción - Recurso del Japón al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS322/AB/RW).

3. El 2 de septiembre de 2010 invitamos a los terceros participantes a que formularan por escrito observaciones sobre la solicitud de los participantes. El 7 de septiembre de 2010 recibimos observaciones de la Unión Europea, el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu y los Estados Unidos. Estos terceros participantes expresaron su apoyo a la solicitud de los participantes. Chile, el Japón y el Pakistán no presentaron observaciones sobre la solicitud.

4. Recordamos que se han presentado y aceptado solicitudes para que se permita la observación de la audiencia por el público en cinco apelaciones anteriores.[2] En sus resoluciones, el Órgano de Apelación ha declarado que está facultado para acceder a esas solicitudes de los participantes siempre que ello no afecte a la confidencialidad de la relación entre los terceros participantes y el Órgano de Apelación ni menoscabe la integridad del proceso de apelación. El Órgano de Apelación ha razonado lo siguiente:

a) La norma de confidencialidad establecida en la primera frase del párrafo 10 del artículo 17 del ESD debe leerse teniendo en cuenta su contexto, en particular el párrafo 2 del artículo 18 del ESD, que no impide que un participante renuncie a la confidencialidad y haga públicas sus posiciones. La tercera frase del párrafo 2 del artículo 18 dispone que "los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al grupo especial o al Órgano de Apelación por otro Miembro a la que éste haya atribuido tal carácter". Esta disposición sería redundante si se interpretara que el párrafo 10 del artículo 17 exige confidencialidad absoluta respecto de todos los elementos del procedimiento de apelación, lo que sugiere que la norma de confidencialidad establecida en el párrafo 10 del artículo 17 tiene sus límites.

b) La prescripción de confidencialidad establecida en el párrafo 10 del artículo 17 opera de manera relacional. En los procedimientos de apelación existen diferentes conjuntos de relaciones, que incluyen las siguientes: i) una relación entre los participantes y el Órgano de Apelación; y ii) una relación entre los terceros participantes y el Órgano de Apelación. La prescripción de que las actuaciones del Órgano de Apelación sean confidenciales otorga protección a estas relaciones separadas y tiene por objeto salvaguardar los intereses de los participantes y terceros participantes, así como la función resolutoria del Órgano de Apelación, con el fin de promover el sistema de solución de diferencias en condiciones de equidad, imparcialidad, independencia e integridad. Cuando los participantes solicitan renunciar a la protección de la confidencialidad de sus comunicaciones con el Órgano de Apelación en la audiencia, ello no tiene consecuencias para el derecho a la confidencialidad de los terceros participantes en su relación con el Órgano de Apelación, porque esa solicitud no se extiende a ninguna comunicación, ni afecta a la relación entre los terceros participantes y el Órgano de Apelación.

c) De conformidad con la Regla 27 de los *Procedimientos de trabajo*, el Órgano de Apelación está facultado para ejercer control sobre la celebración de la audiencia, incluso para autorizar el levantamiento de la confidencialidad a solicitud de los participantes siempre que ello no afecte desfavorablemente a los derechos e intereses de los terceros participantes o a la integridad del proceso de apelación. Tanto en los *Procedimientos de trabajo* como en la práctica se ha fomentado la participación activa de los terceros participantes en las audiencias, pero los derechos de los terceros participantes son distintos de los derechos de los participantes en un procedimiento de apelación.

[2] Véase la nota 1 *supra*.

d) Aunque determinados elementos de la confidencialidad no pueden ser soslayados[3], la confidencialidad de las declaraciones de los participantes en una audiencia en apelación no tiene esa naturaleza.

5. Observamos que la observación por el público en casos anteriores se desarrolló sin tropiezos, y que los derechos de los terceros participantes que no deseaban que sus declaraciones orales fueran observadas por el público quedaron plenamente protegidos.

6. En esta apelación, Australia y Nueva Zelandia han sugerido que el Órgano de Apelación permita la observación de la audiencia por el público mediante una transmisión simultánea, por circuito cerrado de televisión. También han sugerido que se prevea la interrupción de la transmisión si los participantes estimaran necesario debatir cuestiones que afectaran a información a la que cualquiera de los participantes hubiera atribuido carácter confidencial en los documentos presentados al Grupo Especial. Convenimos en que esas modalidades servirían para proteger la información confidencial en el contexto de una audiencia que está abierta a la observación por el público y no tendrían consecuencias desfavorables para la integridad de la función resolutoria del Órgano de Apelación.

7. Por las razones expuestas, la Sección del Órgano de Apelación que entiende en esta apelación autoriza la observación de la audiencia por el público en el presente procedimiento en las condiciones que a continuación se exponen. En consecuencia, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los *Procedimientos de trabajo*, adoptamos los siguientes procedimientos adicionales a los efectos de la presente apelación:

a) Se permitirá la observación de la audiencia por el público mediante una transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión, que se difundirá en una sala distinta, a la cual tendrán acceso los delegados de los Miembros de la OMC y los miembros del público en general que estén debidamente registrados.

b) Las declaraciones orales y las respuestas a preguntas de los terceros participantes que hayan indicado su deseo de mantener la confidencialidad de sus comunicaciones, así como cualquier debate relativo a información a la que los participantes hayan atribuido carácter confidencial en los documentos presentados al Grupo Especial, no podrán ser observados por el público.

c) Las solicitudes de los terceros participantes que deseen mantener la confidencialidad de sus declaraciones orales y respuestas a las preguntas deberán ser recibidas por la Secretaría del Órgano de Apelación a las 12.30 h, hora de Ginebra, del jueves 7 de octubre de 2010 a más tardar.

d) Se reservará un número apropiado de asientos para los delegados de los Miembros de la OMC en la sala en que tendrá lugar la transmisión por circuito cerrado. Se ruega a los delegados de la OMC que deseen observar la audiencia que se registren previamente en la Secretaría del Órgano de Apelación.

[3] Por ejemplo, si se soslayara en el caso contemplado en la segunda frase del párrafo 10 del artículo 17, que dispone que "[l]os informes del Órgano de Apelación se redactarán sin que se hallen presentes las partes en la diferencia y a la luz de la información proporcionada y de las declaraciones formuladas", se menoscabaría el ejercicio, la integridad y la independencia de la función resolutoria del Órgano de Apelación.

e) Se dará aviso de la audiencia al público en general en el sitio Web de la OMC. Los miembros del público en general que deseen observar la audiencia estarán obligados a registrarse previamente en la Secretaría del Órgano de Apelación, de acuerdo con las instrucciones que figuren en el aviso que se publicará en el sitio Web de la OMC.

Ginebra, 14 de septiembre de 2010