

ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO

WT/DS26/AB/R

WT/DS48/AB/R

16 de enero de 1998

(98-0099)

Órgano de Apelación

**COMUNIDADES EUROPEAS - MEDIDAS QUE AFECTAN
A LA CARNE Y LOS PRODUCTOS CÁRNICOS
(HORMONAS)**

AB-1997-4

Informe del Órgano de Apelación

I.	Introducción: Escrito de apelación	1
II.	Argumentos de los participantes y de los terceros participantes	5
A.	<i>Alegaciones de error presentadas por las Comunidades Europeas - Apelante</i>	5
1.	Carga de la prueba	5
2.	Norma de examen	6
3.	El principio de cautela	8
4.	Evaluación objetiva de los hechos	8
5.	Aplicación temporal del <i>Acuerdo MSF</i>	9
6.	Párrafo 1 del artículo 3	10
7.	Párrafo 3 del artículo 3	11
8.	Párrafo 1 del artículo 5	12
9.	Párrafo 5 del artículo 5	15
10.	Cuestiones de procedimiento	17
B.	<i>Argumentos de los Estados Unidos - Apelado</i>	19
1.	Carga de la prueba	19
2.	Norma de examen	20
3.	El principio de cautela	21
4.	Evaluación objetiva de los hechos	21
5.	Aplicación temporal del <i>Acuerdo MSF</i>	22
6.	Párrafo 1 del artículo 3	22
7.	Párrafo 3 del artículo 3	22
8.	Párrafo 1 del artículo 5	23
9.	Párrafo 5 del artículo 5	24
10.	Cuestiones de procedimiento	24
C.	<i>Argumentos del Canadá - Apelado</i>	27
1.	Carga de la prueba	27
2.	El principio de cautela	27
3.	Evaluación objetiva de los hechos	28
4.	Aplicación temporal del <i>Acuerdo MSF</i>	28
5.	Párrafo 1 del artículo 3	28
6.	Párrafo 3 del artículo 3	29
7.	Párrafo 1 del artículo 5	29
8.	Párrafo 5 del artículo 5	30
9.	Cuestiones de procedimiento	30
D.	<i>Alegaciones de error presentadas por los Estados Unidos - Apelante</i>	32
1.	Párrafo 2 del artículo 2	32
2.	Párrafo 6 del artículo 5	33

	<u>Página</u>
E. <i>Alegaciones de error presentadas por el Canadá - Apelante</i>	34
1. Párrafo 6 del artículo 5	34
F. <i>Argumentos de las Comunidades Europeas - Apelado</i>	35
1. Párrafo 2 del artículo 2	35
2. Párrafo 6 del artículo 5	36
G. <i>Argumentos de terceros participantes</i>	37
1. Australia	37
2. Nueva Zelandia	39
3. Noruega	39
III. Cuestiones planteadas en esta apelación	41
IV. Atribución de la carga de la prueba en los procedimientos en el marco del <i>Acuerdo MSF</i>	42
V. La norma de examen aplicable a los procedimientos en el marco del <i>Acuerdo MSF</i>	47
VI. La pertinencia del principio de cautela en la interpretación del <i>Acuerdo MSF</i>	52
VII. Aplicación del <i>Acuerdo MSF</i> a las medidas adoptadas antes del 1° de enero de 1995	55
VIII. El requisito de la evaluación objetiva de los hechos por un grupo especial en virtud del artículo 11 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias	57
A. <i>Pruebas relativas al MGA</i>	59
B. <i>Pruebas relativas a las otras cinco hormonas</i>	60
C. <i>Pruebas relativas a la cuestión del control</i>	64
D. <i>Pruebas sobre el párrafo 5 del artículo 5</i>	65

IX. Algunos

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)

Apelante/Apelado: Comunidades Europeas

Apelante/Apelado: Estados Unidos

Apelante/Apelado: Canadá

Terceros participantes: Australia, Noruega y Nueva Zelandia

AB-1997-4

Actuantes:

Feliciano, Presidente de la Sección

Ehlermann, Miembro

Matsushita, Miembro

I. Introducción: Escrito de apelación

1. Las Comunidades Europeas, los Estados Unidos y el Canadá apelan contra determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas en los informes de los Grupos Especiales que examinaron el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*.

¹Reclamación de los Estados Unidos, WT/DS26/R/USA, ("Informe del Grupo Especial - Estados Unidos") y reclamación del Canadá, WT/DS48/R/CAN, ("Informe del Grupo Especial - Canadá").

²Habida cuenta de que la composición de ambos Grupos Especiales fue idéntica, cuando hagamos referencia a los Grupos Especiales diremos "el Grupo Especial".

2. El Grupo Especial examinó la reclamación presentada contra las Comunidades Europeas en relación con una prohibición impuesta por las CE a las importaciones de carne y productos cárnicos derivados de ganado bovino al que se hubiesen administrado las hormonas naturales estradiol - 17 , progesterona o testosterona, o las hormonas sintéticas acetato de trembolona, zeranol o acetato de melengestrol ("MGA"), con el propósito de estimular el crecimiento. Esta prohibición fue establecida en una serie de directivas del Consejo de Ministros adoptadas antes del 1º de enero de 1995. Las directivas eran las siguientes:

1. Directiva del Consejo 81/602/CEE, de 31 de julio de 1981 ("Directiva 81/602")³;
2. Directiva del Consejo 88/146/CEE, de 7 de marzo de 1988 ("Directiva 88/146")⁴; y
3. Directiva del Consejo 88/299/CEE, de 17 de mayo de 1988 ("Directiva 88/299").⁵

3. La Directiva 81/602 prohibía la administración a los animales de explotación de sustancias

4. Siete años más tarde⁶, se adoptó

El mismo día, Australia, Noruega y Nueva Zelandia presentaron sus respectivas comunicaciones de terceros participantes, de conformidad con la regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

8. Los días 4 y 5 de noviembre de 1997 se celebró la audiencia. Los participantes y los terceros participantes presentaron oralmente sus argumentos y respondieron a las preguntas que les formularon los Miembros de la Sección que conocía de esta apelación. Los participantes y los terceros participantes también hicieron declaraciones orales a modo de conclusión.

II. Argumentos de los participantes y de los terceros participantes

A. Alegaciones de error presentadas por las Comunidades Europeas - Apelante

1. Carga de la prueba

9. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error en tres aspectos al asignar la carga de la prueba en esta diferencia. A juicio de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial incurrió en error con respecto a la cuestión de la carga de prueba en el marco del *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (el "*Acuerdo MSF*") en general; al asignar la carga de la prueba en el marco del párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*; y al asignar la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del mismo *Acuerdo*.

10. Con respecto a la cuestión de la carga de la prueba en el marco del *Acuerdo MSF* en general, las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la carga de la prueba en virtud del *Acuerdo*

por consiguiente, la carga de la prueba en virtud del párrafo 3 del artículo 3 corresponde al demandado.¹⁰ Las Comunidades Europeas alegan que el *Acuerdo MSF* reconoce expresamente que un Miembro tiene el derecho de elegir un nivel apropiado de protección sanitaria y fitosanitaria, y que el párrafo 3 del artículo 3 establece condiciones específicas que rigen el ejercicio de ese derecho en los casos en que existe una norma internacional. Según las Comunidades Europeas, el párrafo 1 del artículo 3 no establece una "obligación de carácter general" que deba leerse aisladamente, sino que ofrece una de tres opciones entre las que puede elegir un Miembro cuando existe una norma internacional.

12. Con respecto a la carga de la prueba en virtud del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas se oponen a la constatación del Grupo Especial en el sentido de que el Canadá y los Estados Unidos habían satisfecho la carga de probar *prima facie* la existencia de una incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5, en lo que respecta a la importación de carne tratada con la hormona MGA.¹¹ Las Comunidades Europeas señalan que el Canadá y los Estados Unidos declararon que habían realizado evaluaciones de los riesgos y habían autorizado la utilización de la hormona MGA como agente epona

la gestión del riesgo por parte de las CE con respecto a las hormonas en cuestión, en tercer lugar, la adherencia de las CE al principio de cautela y su renuencia a aceptar cualquier aumento del riesgo carcinogénico.

14. Las Comunidades Europeas afirman que los grupos especiales de la OMC deberían adoptar una norma de "razonabilidad" deferente al

Estados Unidos -

Imposición de derechos antidumping a las importaciones de salmón del Atlántico, fresco y refrigerado, procedente de Noruega, adoptado el 27 de abril de 1994, ADP/87; *Estados Unidos - Imposición de derechos compensatorios a las importaciones de salmón del Atlántico, fresco y refrigerado, procedentes de Noruega*, adoptado el 28 de abril de 1994, SCM/153; *Derechos antidumping aplicados por Corea a las importaciones de resinas poliacetálicas procedentes de los Estados Unidos*, adoptado el 27 de abril de 1993, IBDD 40S/238; *Estados Unidos - Medidas que afectan a las importaciones de madera blanda procedentes del Canadá*, adoptado los días 27 y 28 de octubre de 1993, IBDD 40S/417; *Estados Unidos - Derechos antidumping sobre las importaciones de chapas de acero inoxidable procedentes de Suecia*, ADP/117, 24 de febrero de 1994, no adoptado; *CE - Imposición de derechos antidumping a las casetes de audio procedentes del Japón*, ADP/136, 28 de abril de 1995, no adoptado; y *Estados Unidos - Imposición de derechos compensatorios sobre las importaciones de ciertos productos de acero al carbono aleados con plomo y bismuto laminados en caliente originarios de Francia, Alemania y el Reino Unido*, SCM/185, 15 de noviembre de 1994, no adoptado.

¹⁴Las Comunidades Europeas se refieren a los informes de los Grupos Especiales siguientes: *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales ("Estados Unidos - Ropa interior")*, adoptado el 25 de febrero de 1997, WT/DS/24/R; *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India ("Estados Unidos - Camisas y Blusas")*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS/33/R.

¹⁵Hecho en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

de

Acuerdo pero que no hayan dejado de estar en vigor después de esa fecha, es demasiado absoluta.²⁰ Según las Comunidades Europeas, el *Acuerdo MSF* demuestra una intención diferente en algunas de sus disposiciones, por lo menos si estas disposiciones se interpretan en la forma propuesta por el Grupo Especial. Los párrafos 1 a 5 del artículo 5 requieren que se sigan determinados pasos y procedimientos preparatorios antes de la adopción de una medida, y las obligaciones de este tipo se extinguen una vez que las medidas objeto de examen son adoptadas. Por lo tanto, las Comunidades Europeas llegan a la conclusión de que el *Acuerdo MSF* no se aplica al procedimiento de elaboración de las medidas de las CE objeto de la presente diferencia.

6. Párrafo 1 del artículo 3

20. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error en la interpretación de la expresión "basadas en" al indicar que el párrafo 2 del artículo 3 "equipara" las medidas "basadas en" normas internacionales con las medidas que "estén en conformidad con" esas normas.²¹ Las Comunidades Europeas afirman que estas expresiones tienen un significado diferente.

21. Las Comunidades Europeas señalan que el artículo 3 emplea la expresión "basarán ... en", en el párrafo 1, y "basadas en", en el párrafo 3, mientras que en su párrafo 2 utiliza la expresión "estén en conformidad con". Además, el artículo 2 distingue entre "basada en" (párrafo 2) y "conformes a" (párrafo 4). La utilización de estos términos diferentes en párrafos consecutivos de distintos artículos no puede ser accidental.

22. Para las Comunidades Europeas, una medida puede apartarse -pero no sustancialmente- del contenido de una recomendación del Codex y seguir siendo considerada una medida "basada en" esa recomendación a los efectos del párrafo 1 del artículo 3. Sin embargo, el *Acuerdo MSF* no define en qué consiste apartarse "sustancialmente". La alegación de las Comunidades Europeas es que el artículo 3 del *Acuerdo MSF* logra su objetivo de fomentar la armonización internacional permitiendo a los Miembros elegir una de tres opciones alternativas. En primer lugar, un Miembro puede optar por poner en conformidad sus medidas sanitarias con las recomendaciones del Codex, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3. En segundo lugar, tal vez el Miembro desee simplemente

²⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.25 y 8.26; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.28-8.29.

²¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.72; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.75.

"[basar] sus medidas sanitarias ... en recomendaciones internacionales", con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3, en lugar de ponerlas en conformidad con esas recomendaciones. En tercer lugar, el Miembro puede decidir, con arreglo al párrafo 3 del artículo 3, establecer medidas sanitarias que

Lamming") y los Informes del JECFA²⁶, y los estudios que se relacionan con las hormonas en general, tales como las Monografías de 1987 del CIIC, así como los artículos y opiniones de varios científicos a los que se remitieron las Comunidades Europeas.²⁷ La hipótesis del Grupo Especial en el sentido de que una distinción de ese tipo establece una diferencia cualitativa en términos de evaluación de los riesgos es equivocada y la distinción arbitraria. Las Comunidades Europeas alegan que los párrafos 1 y 2 del artículo 5 no prescriben técnicas de evaluación de los riesgos ni especifican los requisitos de dicha evaluación.

27. En segundo lugar, la opinión del Grupo Especial en el sentido de que el párrafo 1 del artículo 5 impone una obligación sustantiva a los Miembros de poner sus medidas sanitarias y fitosanitarias en conformidad con las conclusiones reflejadas en los informes del JECFA o en los informes de otros comités científicos es evidentemente incorrecta. Los "fundamentos científicos" de las medidas sanitarias y fitosanitarias no pueden limitarse a las conclusiones formales de comités invitados a examinar o analizar los riesgos que una sustancia puede plantear. Esas conclusiones son apenas uno de los elementos que han de tenerse en

equivocada.³⁰ Las Comunidades Europeas indican que los informes de los comités científicos con frecuencia no dicen prácticamente nada, o dicen muy poco, sobre algunos de los factores indicados en los párrafos 1 y 2 del artículo 5. Para las Comunidades Europeas, el párrafo 1 de dicho artículo se ha concebido para obligar a los Miembros a contar con alguna justificación científica plausible como "fundamento" de sus medidas sanitarias, pero no a conformar sus medidas en forma absoluta a las conclusiones técnicas y científicas de los informes.

29. En cuarto lugar, las Comunidades Europeas sostienen que "el error más fundamental de interpretación" del Grupo Especial se relaciona con el concepto de riesgo y de evaluación del riesgo.³¹ La palabra "riesgo" no significa "daño" o "efectos perjudiciales". A los efectos del *Acuerdo MSF*, constituye "riesgo" "la posibilidad" de que se resulte

Acuerdo MSF. Por otra parte, las Comunidades Europeas sostienen que, en contra de lo constatado por el Grupo Especial³⁵, no existe ninguna diferencia, y muchos menos una diferencia importante, en el nivel de protección que aplican las CE con respecto a las hormonas que se producen naturalmente y el nivel que aplican con respecto a las hormonas administradas. Las medidas de las CE establecen igual nivel de protección frente a las hormonas que se producen naturalmente que frente a las hormonas administradas, es decir, el del riesgo determinado por la naturaleza.

33. Con respecto al

Especial en este caso, sea apropiado para abordar el problema muy diferente que se plantea al determinar la discriminación (entre países) y la restricción encubierta del comercio en un régimen reglamentario destinado a proteger la salud humana.

35. Además, las Comunidades Europeas alegan que el párrafo 5 del artículo 5 debe interpretarse junto con el párrafo 3 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. En consecuencia, el término "discriminación", en el párrafo 5 del artículo 5, significa discriminación entre Estados "en que prevalezcan condiciones idénticas o similares". El Grupo Especial hizo caso omiso del párrafo 3 del artículo 2 y supuso que la discriminación podía ser entre sustancias, riesgos y niveles de protección. A juicio de las Comunidades Europeas esta suposición no puede ser correcta dado que si lo fuera el término "discriminación" no añadiría nada a la expresión "distinciones arbitrarias e injustificables".

36. Las Comunidades Europeas subrayan que no existe una prohibición de las importaciones de carne vacuna como tal y que la restricción se aplica solamente a los productos no conformes. Esta es la consecuencia inevitable de cualquier medida sanitaria y fitosanitaria y no puede ser suficiente para demostrar una "restricción encubierta del comercio internacional". Después de la prohibición las Comunidades Europeas siguieron importando la misma cantidad de carne que antes, y la prohibición de hormonas utilizadas para estimular el crecimiento no tiene efectos en los excedentes de carne vacuna. La sugerencia del Grupo Especial de que la reducción de los excedentes de carne vacuna en las Comunidades Europeas podría obedecer a un motivo secundario no es suficiente, en cualquier caso, para demostrar que existe la discriminación o la restricción encubierta del comercio internacional prevista en el párrafo 5 del artículo 5. Por último, las Comunidades Europeas sostienen que el hecho de que el 70 por ciento de la carne bovina producida en los Estados Unidos y el Canadá sea carne de ganado bovino al que se ha administrado hormonas para estimular el crecimiento, no constituye ninguna indicación de una restricción encubierta del comercio.

10. Cuestiones de procedimiento

37. Las Comunidades Europea afirman que varias decisiones de procedimiento adoptadas por el Grupo Especial fueron inequitativas y deberían ser examinadas por el Órgano de Apelación. Las Comunidades Europeas objetan la opinión del Grupo Especial de que debía considerar las objeciones procesales de las CE solamente cuando éstas pudieron poner de manifiesto "la existencia de un perjuicio

concreto".³⁹ El Grupo Especial debió haberse preguntado si sus decisiones de procedimiento eran compatibles con el ESD, y no si las Comunidades Europeas podían poner de manifiesto la existencia de un perjuicio concreto. Las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial

sostienen que las Comunidades Europeas, al alegar que el Canadá y los Estados Unidos no proporcionaron la información confidencial sobre el MGA, dejan de lado el hecho de que el Grupo Especial debía determinar si las Comunidades Europeas habían basado su prohibición de las importaciones en una evaluación de los riesgos.

2. Norma de examen

41. Los Estados Unidos afirman que la norma de examen de una razonabilidad deferente propugnada por las Comunidades Europeas no se funda en el texto del ESD ni del Acuerdo MSF. Los Estados Unidos observan que en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 el Grupo Especial debía determinar si la prohibición de las CE "se basaba" en una evaluación, adecuada

por el *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de la Ronda de Tokio* ("el *Código Antidumping de la Ronda de Tokio*"). Según los Estados Unidos, la *Decisión sobre el examen del párrafo 6 del artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994* muestra que los Miembros todavía no han decidido si la norma de examen establecida en el párrafo 6 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* puede tener aplicación general. Los Estados Unidos afirman que las Comunidades Europeas incurren en error al afirmar que esta norma de examen se aplica al *Acuerdo MSF*.

3. El principio de cautela

43. En opinión de los Estados Unidos la afirmación de las Comunidades Europeas de que existe un principio de derecho internacional generalmente aceptado que podría denominarse "principio de cautela" es errónea como cuestión de derecho internacional. Los Estados Unidos no consideran que el "principio de cautela" represente un principio del derecho internacional consuetudinario; más bien podría caracterizarse como un "enfoque", cuyo contenido varía de contexto en contexto. El *Acuerdo MSF* sí reconoce un enfoque de cautela; según el párrafo 7 del artículo 5 se pueden

Europeas no han demostrado la existencia de influencias indebidas ni de un

del riesgo deja en claro que éstas son las "disposiciones pertinentes" del Acuerdo a los efectos de la nota a pie de página, y que cualquier duda sobre la aplicabilidad del párrafo 1 del artículo 5 desaparece con la última frase del párrafo 3 del artículo 3.

8. Párrafo 1 del artículo 5

48. Los Estados Unidos sostienen que las conclusiones del Grupo Especial de que existe un "requisito de procedimiento" inherente al párrafo 1 del artículo 5 es simplemente una interpretación de este párrafo basada en el sentido común. Es difícil ver cómo una medida puede "estar basada" en una evaluación del riesgo si el Miembro no conoce siquiera la existencia de la evaluación

51. Con respecto a la necesidad de contar con una evaluación separada del riesgo para cada sustancia en particular los Estados Unidos afirman que, según el párrafo 1 del artículo 5, las Comunidades Europeas deben basar su prohibición con respecto al MGA en una "evaluación, adecuada a las circunstancias, de la posibilidad de riesgos para la vida y la salud de las personas derivados de la presencia de residuos de MGA en la carne ...". Las Comunidades Europeas no han presentado una evaluación tal del MGA. Los estudios científicos citados por las Comunidades Europeas tratan de una clase general de compuestos y no se ocupan específicamente del MGA.

9. Párrafo 5 del artículo 5

52. Los Estados Unidos comparten la constatación de que la situación relativa al carbadox y la

base de sus argumentos, ni han citado ningún precedente en el marco del GATT de 1947 o del *Acuerdo sobre la OMC*. Los Estados Unidos dicen que para sostener que la solución dada por un grupo especial a una cuestión de procedimiento es incompatible con las disposiciones del ESD la parte en la diferencia, de ser posible, debe haber planteado oportunamente la objeción durante el procedimiento del Grupo Especial. En opinión de los Estados Unidos cualquier otra respuesta a las objeciones de procedimiento debilitaría la autoridad de los grupos especiales y desestabilizaría el sistema de solución de diferencias. También sería fundamentalmente injusto permitir que una parte esperara a ver el resultado de los procedimientos de un grupo especial y planteara las objeciones de procedimiento sólo cuando fuese demasiado tarde para que el grupo especial las dirimiera. Los Estados Unidos instan a que se rechacen las objeciones planteadas por las Comunidades Europeas en la medida en que no fueron presentadas previamente ante el Grupo Especial.

54. ~~Oportunamente~~ objeción

afirman que el Grupo Especial no estaba obligado a convocar un grupo consultivo de expertos, ni por los términos del artículo 13 del ESD ni por las disposiciones del párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF*. Si el Grupo Especial hubiese convocado un grupo consultivo de expertos se le habrían aplicado las normas de procedimiento del Apéndice 4 del ESD. Como el Grupo Especial no convocó un grupo de este tipo, su decisión de no aplicar las normas de procedimiento contenidas en el Apéndice 4 era totalmente compatible con las disposiciones del ESD y quedaba comprendida en las facultades de los grupos especiales en materia de decisiones procesales.

57. Los Estados Unidos afirman que la armonización de los procedimientos realizados por los dos Grupos Especiales no ha infringido el derecho de defensa de las Comunidades Europeas. Que los grupos estuviesen integrados por las mismas personas era una ventaja procesal para las Comunidades Europeas. Según los Estados Unidos, en vez de realizar dos reuniones con dos grupos especiales distintos las Comunidades Europeas pudieron realizar cuatro sesiones con el mismo Grupo. Las Comunidades Europeas aceptaron libremente que las mismas personas integraran los Grupos Especiales que se ocuparon de ambos procedimientos.

58. Con respecto a la cuestión de la ampliación de los derechos de terceros, los Estados Unidos afirman que las Comunidades Europeas no presentaron oportunamente al Grupo Especial las objeciones minuciosas que presentaron por primera vez en la comunicación de apelación. Si un Grupo Especial concede estos derechos en una diferencia no hay motivos para que otro Grupo Especial no los conceda también en otra⁴³. Los Estados Unidos consideran que existían razones válidas para que se les concediera una ampliación de los derechos de participación como terceros en los procedimientos entablados por el Canadá. Los Estados U/F20 m/F20 11 Tf(L) TjETTf(Ca) TjETBT 1 0 /F20 m/F20 11 Tf(L)ETTf(Ca)250 1 11

que el enfoque o concepto cautelar es un principio *incipiente* del derecho internacional que podrá cristalizarse en el futuro como uno de "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas", en el sentido del inciso c) del párrafo 1 del artículo 38.

o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales. La redacción del párrafo 1 del artículo 3 no incluye tres "opciones". Si los redactores del Acuerdo hubiesen querido darle este significado, lo habrían dicho. El Canadá apoya las conclusiones del Grupo Especial de que la expresión "estén en conformidad" y "se basen en" tienen la misma amplitud. Aunque el Órgano de Apelación aceptara la opinión de que "estén en conformidad con" tiene un alcance más estricto que "se basen en", el párrafo 1 del artículo 3 no presenta una segunda "opción", como alegan las Comunidades Europeas. Una medida que "esté de conformidad con" una norma internacional también "se basaría en" dicha norma.

6. Párrafo 3 del artículo 3

64. El elemento clave en la nota a pie de página del párrafo 3 del artículo 3 es que exige un examen y evaluación de la información

66. El Canadá afirma que al definir en qué consiste una evaluación del riesgo las Comunidades Europeas hacen hincapié en la palabra "posible" con exclusión de "evaluación". Al actuar de esta forma las Comunidades Europeas han detenido el proceso con la identificación de un efecto perjudicial, sin realizar una ponderación del riesgo, vale decir sin hacer una evaluación del riesgo.

67. Cuando se le preguntó en la audiencia oral por la necesidad de contar con una evaluación separada del riesgo para cada sustancia concreta, el Canadá opinó que se podían utilizar las características de familias químicas como punto de partida para investigar si algo podría constituir una amenaza, pero que luego era necesario pasar a realizar una evaluación completa de ese producto químico para poder determinar si realmente constituía una amenaza.

8. Párrafo 5 del artículo 5

68. Según el Canadá el significado de las "diferentes situaciones" mencionadas en el párrafo 5 del artículo 5 es por lo menos tan amplio como lo constató el Grupo Especial. El sentido limitado sugerido por las Comunidades Europeas choca con el significado usual de "diferentes situaciones". El Canadá también afirma que, teniendo en cuenta el objetivo y los fines del *Acuerdo MSF* y el contexto del párrafo 5 del artículo 5, no hay razón para limitar el ámbito de comparación entre niveles de protección de la salud humana. En opinión del Canadá, el Grupo Especial decidió correctamente que las Comunidades Europeas no habían justificado las distinciones en sus pretendidos niveles de protección. El Grupo Especial no "restringió" la gama de factores que debían tenerse en cuenta; el Grupo Especial examinó todos los argumentos presentados por las Comunidades Europeas y los consideró insuficientes. El Canadá rechaza el argumento de las Comunidades Europeas de que la importancia de la diferencia en los niveles de protección no es un indicio de la importancia de los efectos comerciales. Ninguna medida puede ser más restrictiva del comercio que una prohibición de la importación.

9. Cuestiones de procedimiento

69. El Canadá afirma que todas las resoluciones en materia de procedimiento del Grupo Especial fueron equitativas para todas las partes, no resultaron en perjuicio ni injusticia, y estaban dentro de la jurisdicción y las facultades del Grupo Especial. El Canadá considera que el Grupo Especial tenía jurisdicción para realizar comparaciones y presentar conclusiones con respecto a los niveles de protección relativos a las hormonas naturales endógenas, aunque ni los Estados Unidos ni el Canadá hubiesen presentado estos argumentos precisos en relación con el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

En las disposiciones del artículo 11 del ESD no se limita el mandato del

en la diferencia, pero no tiene la obligación de convocar una reunión con los expertos, ya sea conjunta o individualmente.

D. *Alegaciones de error presentadas por los Estados Unidos - Apelante*

1. Párrafo 2 del artículo 2

72. En calidad de apelante Estados Unidos afirma que el Grupo Especial incurrió en error porque habiendo realizado todo lo necesario para concluir que la medida de las CE era incompatible con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 2

2. Párrafo 6 del artículo 5

74. Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial incurrió en error⁴⁸ al no llegar a una conclusión relativa al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y que las constataciones del Grupo Especial sobre el párrafo 5 del artículo 5 son suficientes para determinar que la prohibición

CE es incompatible con las disposiciones del párrafo 6 del artículo 5. Si no existe un riesgo identificable que resulte de la utilización de conformidad con las buenas prácticas de estas hormonas para estimular el crecimiento entonces la prohibición de las CE no puede ser necesaria para lograr un nivel de protección contra un riesgo identificable. La prohibición entraña, pues, por definición, un grado de restricción del comercio mayor del requerido por las Comunidades Europeas para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria.

E. *Alegaciones de error presentadas por el Canadá - Apelante*

1. Párrafo 6 del artículo 5

77. El Canadá afirma que su apelación tiene por objeto conservar su derecho a hacer valer los argumentos presentados al Grupo Especial con respecto al párrafo 6 del artículo 5 en el caso de que el Órgano de Apelación decida modificar o revisar las constataciones del Grupo Especial con respecto al párrafo 1 del artículo 3, al párrafo 1 del artículo 5 o al párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Canadá afirma que las medidas de las CE son incompatibles con las disposiciones del párrafo 6 del artículo 5 del Acuerdo. El Canadá agrega que según lo establecido en el párrafo 5 del Anexo A, el párrafo 5 del artículo 5 y según los objetivos y fines del *Acuerdo MSF*, cuando no haya un testimonio científico de la existencia de un riesgo identificable no hay razón para adoptar una medida destinada a lograr un nivel de protección sanitaria en virtud del *Acuerdo MSF*, con excepción de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5.

78. En opinión del Canadá, si un Miembro pudiera adoptar un nivel de protección y aplicar una medida sanitaria aunque no presentara testimonios científicos de la existencia de un riesgo identificable no tendría sentido la obligación contenida en el artículo 5 del Acuerdo de que las medidas estén basadas en una evaluación del riesgo. Esta interpretación debilitaría los términos, así como el objetivo y los fines del

aunque

por definición, no se podrá adoptar ninguna medida sanitaria o fitosanitaria sin que entrañe un grado de restricción del comercio mayor del requerido. El Canadá

del artículo 5, expresamente citado en el párrafo 2 del artículo 2. Las Comunidades Europeas creen que sus medidas son compatibles con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*.

81. Las Comunidades Europeas observan que en la apelación de

83. Las Comunidades Europeas están convencidas de que sus medidas son compatibles con las disposiciones del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Según las Comunidades Europeas, el objetivo es asegurar que los consumidores no queden expuestos a ningún residuo de hormonas empleadas para estimular el crecimiento. Las Comunidades Europeas reconocen que algunas hormonas están presentes naturalmente y no pueden evitarse. También reconocen que algunas hormonas se administran al ganado por razones terapéuticas y zootécnicas, razones que son inevitables y benéficas. Sin embargo, las Comunidades Europeas han decidido evitar que su población esté expuesta a hormonas por encima de este nivel y, en especial, han decidido que debe existir un nivel cero de tolerancia con respecto a las hormonas empleadas para estimular el crecimiento.

84. Las Comunidades Europeas han considerado posibles alternativas a la prohibición de importación de carne de bovino con residuos de hormonas administradas para estimular el crecimiento: en primer lugar, la aplicación de límites máximos de residuos (LMR) a esta carne; en segundo lugar, la aplicación de algún tipo de control sobre todas las importaciones de carne para determinar si se han administrado hormonas para estimular el crecimiento; y, en tercer lugar, confiar en que las etiquetas de los exportadores indiquen si se han administrado hormonas para estimular el crecimiento. Según las Comunidades Europeas, sin embargo, con ninguna de estas medidas alternativas se lograría el nivel específico de protección.

G. *Argumentos de terceros participantes*

1. Australia

85. Australia considera que el Grupo Especial ha incurrido en error de derecho en sus interpretaciones generales relativas a la carga de la prueba con arreglo al *Acuerdo MSF*⁵¹, y apoya los argumentos presentados por las Comunidades Europeas. Pero Australia también afirma que los párrafos 8.54 y 8.58 del Informe del Grupo Especial - Canadá y los párrafos 8.51 y 8.55 del Informe del Grupo Especial - Estados Unidos presentado

86. Australia también apoya la conclusión alcanzada por el Grupo Especial con respecto a la aplicación temporal del *Acuerdo MSF*. Pero Australia también reconoce las inquietudes planteadas por las Comunidades Europeas y concuerda con ellas en que ninguna disposición del *Acuerdo MSF* puede interpretarse en el sentido de que las medidas que se aplicaban cuando entró en vigor el *Acuerdo MSF* son necesariamente incompatibles con él por el solo hecho de no haberse cumplido las obligaciones preparatorias y de procedimiento establecidas en el artículo 5. Por otro lado, Australia admite

WT/DS26/AB/R
WT/DS48/AB/R

tienen varias opciones. Pueden decidir adoptar un enfoque más amplio o más restringido. El Miembro A puede decidirse por una tolerancia (cercana a) cero de muertes relacionadas con el empleo de determinadas sustancias, mientras que el Miembro B acepta una muerte por millón en el año. Esto queda totalmente a discreción del Miembro A y del Miembro B. Posteriormente, cuando cada Miembro elige la medida necesaria para lograr su nivel de protección, esta medida debe cumplir las obligaciones básicas establecidas en los artículos 2, 3 y 5 del *Acuerdo MSF*. Siempre que se haya determinado la existencia de un riesgo, la OMC sólo se interesa en la justificación de la medida que el Miembro decide aplicar para lograr el nivel de protección que considera adecuado. Según Noruega no hay obligación de que dicho Miembro llegue a las mismas conclusiones que otros Miembros u otras organizaciones internacionales con respecto a la evaluación de los testimonios científicos existentes.

94. Por lo que hace a la cuestión de la carga de la prueba, Noruega alega que el Grupo Especial incurrió en error al considerar que el párrafo 1 del artículo 3 era la norma general, imponiendo así a los Miembros la obligación de armonizar sus medidas sanitarias y fitosanitarias. El párrafo 1 del artículo 3 establece claramente que la armonización es simplemente un objetivo o una opción al emplear las palabras "... en el mayor grado posible". Las "excepciones" a este objetivo no quedan limitadas a las situaciones comprendidas en el párrafo 3 del artículo 3. Existen otras, como se deduce de las palabras "... salvo disposición en contrario en el

III. Cuestiones planteadas en esta apelación

96. Esta apelación plantea las siguientes cuestiones jurídicas:

- a) Si el Grupo Especial atribuyó correctamente la carga de la prueba en este asunto;
- b) Si el Grupo Especial aplicó la norma de examen apropiada en el marco del *Acuerdo MSF*;
- c) Si, o en qué medida, el principio de cautela es pertinente para la interpretación del *Acuerdo MSF*;
- d) Si las disposiciones del *Acuerdo MSF* son aplicables a las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC;
- e) Si el Grupo Especial hizo una evaluación objetiva de los hechos, de conformidad

- j) Si el Grupo Especial procedió con la debida "economía procesal" al no formular constataciones sobre la compatibilidad de las medidas de las CE con el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

IV. Atribución de la carga de la prueba en los procedimientos en el marco del *Acuerdo MSF*

97. La primera cuestión general que debemos abordar se relaciona con la atribución de la carga de la prueba en los procedimientos en el marco del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial describe correctamente esta cuestión diciendo que "reviste especial importancia"⁵⁴, habida cuenta del carácter de las diferencias surgidas en el marco de este Acuerdo. Esas diferencias pueden plantear diversas y complejas cuestiones de hecho.

98. El Grupo Especial comienza su análisis estableciendo cómo debe atribuirse en general la carga de la prueba entre las partes en conflicto en cualquier procedimiento en el marco del *Acuerdo MSF*. Inicialmente la carga de la prueba corresponde al reclamante, que debe acreditar *prima facie* la incompatibilidad con determinada disposición del *Acuerdo MSF* en que haya incurrido el demandado, o más concretamente, la incompatibilidad de las medidas sanitarias o fitosanitarias del demandado contra las cuales reclama. Cuando ello se haya acreditado *prima facie*, la carga de la prueba se desplaza al demandado, que debe a su vez contrarrestar o refutar la incompatibilidad alegada. Esto parece suficientemente claro y está en conformidad con la resolución, que adoptamos en el asunto *Estados Unidos - Camisas y Blusas*, que el Grupo Especial invoca y que consagra una norma aplicable en cualquier procedimiento contencioso.⁵⁵

99. No obstante, el Grupo Especial, formula una resolución general, sin condiciones, de interpretación, en el sentido de que el *Acuerdo MSF* atribuye "la carga probatoria" al Miembro que impone una medida sanitaria o fitosanitaria. En apoyo de esta declaración general, que quita prácticamente toda consecuencia a la referencia del Grupo Especial a nuestra propia re Tm/F20 11 Tf(Grupo) TjE3

... el texto de muchas de las disposiciones del Acuerdo [sobre MSF], y en

WT/DS26/AB/R

WT/DS48/AB/R

Página 44

y la atribución de la carga

104. El Grupo Especial se apoya en dos argumentos relativos a la interpretación para llegar a la constatación citada *supra*. En primer lugar, el Grupo Especial plantea que existe una relación "norma general - excepción" entre el párrafo 1 del artículo 3 (la obligación general) y el párrafo 3 del artículo 3 (la excepción)⁶¹, y aplica al *Acuerdo MSF* lo que denomina "práctica establecida en el GATT de 1947 y el GATT de 1994" a efectos de considerar que la carga de justificar una medida en el marco del artículo XX del GATT de 1994 incumbe a la parte demandada.⁶² Nos parece que el Grupo Especial tiene una concepción equivocada de la relación entre los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3, que se examina más adelante⁶³, la cual es cualitativamente distinta de la relación entre, por ejemplo, los artículos I o III y el artículo XX del GATT de 1994. El párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* simplemente excluye de su ámbito de aplicación los tipos de situaciones abarcadas por el párrafo 3 del artículo 3 de ese Acuerdo, esto es, el caso de un Miembro que ha proyectado para sí mismo un nivel más elevado de protección sanitaria del que hubiese logrado mediante una medida basada en una norma internacional. El párrafo 3 del artículo 3 reconoce el derecho autónomo del Miembro de establecer ese nivel más elevado de protección, siempre que el Miembro cumpla determinados requisitos al adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias para alcanzar ese nivel. La norma generalmente aplicable en un procedimiento de solución de diferencias, que exige que el reclamante acredite *prima facie* la incompatibilidad con una disposición del *Acuerdo MSF* antes de que la carga de demostrar la compati

105. En segundo lugar, el Grupo Especial se apoya en la presunción o inferencia inversa que descubrió en el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. Como ya se observó, no hemos podido encontrar ningún fundamento para esa inferencia o presunción.⁶⁵

106. En consecuencia, estimamos y sostenemos que el Grupo Especial incurrió en error de derecho tanto en sus dos argumentos relativos a la interpretación como en la constatación contenida en los párrafos 8.86 y 8.87 del Informe del Grupo Especial - Estados Unidos y en los párrafos 8.89 y 8.90 del Informe del Grupo Especial - Canadá (citados *supra*)⁶⁶

107. Las interpretaciones jurídicas desarrolladas y las constataciones establecidas por el Grupo Especial, al parecer, han sido aplicadas, entre otros, en los siguientes párrafos que también han sido objeto de apelación por las Comunidades Europeas:

Recordamos las conclusiones a que hemos llegado antes acerca de la carga de la prueba y en particular la conclusión de que, con respecto a las medidas de las CE que se apartan de las normas internacionales, incumbe a las Comunidades Europeas la carga de probar la existencia de una evaluación del riesgo (y a partir de ella, de un riesgo identificable) en que se basen las medidas de las CE objeto de la diferencia. En la presente diferencia, no corresponde a los Estados Unidos probar que no hay *ningún* riesgo.⁶⁷

...

Recordamos, por último, las conclusiones a que hemos llegado antes sobre la carga específica de la prueba en el marco del párrafo 3 del artículo 3. En particular, hemos constatado que la carga de acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos por el párrafo 3 del artículo 3 (entre otros, la compatibilidad con el artículo 5), para justificar una medida sanitaria que se desvíe de una norma internacional, incumbe al Miembro que establece la medida en cuestión. Puesto que las medidas de las CE examinadas en esta sección (relativas a todas las horm5a68 453.6 Tm/F20

108. En la medida en que el Grupo Especial⁶⁹, pretende absolver a los Estados Unidos y al Canadá de la necesidad de acreditar *prima facie* la ausencia de la evaluación de los riesgos exigida en el párrafo 1 del artículo 5 y el incumplimiento por parte de las Comunidades Europeas de lo prescrito en el párrafo 3 del artículo 3, e imponer a las Comunidades Europeas la carga

de las Comunidades Europeas, así como determinados elementos de prueba de carácter científico presentados por ellas.⁷³ Las Comunidades Europeas alegaron, más concretamente, que:

... el Grupo Especial incurrió en error de derecho al no otorgar deferencia a los siguientes elementos de las medidas de las CE:

- la decisión de las CE de establecer y aplicar un nivel de protección sanitaria superior al recomendado por el Codex Alimentarius para los riesgos resultantes de la utilización de estas hormonas para el estímulo del crecimiento;
- la evaluación científica de las CE y la gestión del riesgo derivado de las hormonas en cuestión; y
- la observancia por parte de las CE del principio de cautela y su renuencia a aceptar cualquier aumento del riesgo carcinogénico.

El Grupo Especial también incurrió en error de derecho porque:

- asignó un al1 Tf(del) TjETBT18d0 0 e4952 480 Tm/F20 11 Tf6p/F20 11 Tf(la) Tj20 11 Tf(carcin

procesal".⁷⁵ El segundo se describe con el término "deferencia". Con arreglo a la "norma de deferencia", un grupo especial, conforme a la comunicación de las Comunidades Europeas, no debería intentar volver a realizar la investigación ya realizada por la autoridad nacional, sino examinar si ha sido seguido el "procedimiento" exigido por las normas pertinentes de la OMC.⁷⁶

112. Refiriéndose evidentemente a una norma apropiada de examen sólo en relación con las determinaciones *fácticas* adoptadas por las autoridades nacionales de un Miembro, las Comunidades Europeas postulan que el principio de deferencia ha sido consagrado en el inciso i) del apartado 6 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* , que dice lo siguiente:

17.6 El grupo especial, en el examen del asunto al que se hace referencia en el párrafo 5 *supra* :

- i) al evaluar los elementos de hecho del asunto, determinará si las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si se han establecido

intención, por parte de los Miembros, de adoptar o incorporar en dicho Acuerdo la norma establecida en el inciso i) del párrafo 6 del artículo 17, del *Acuerdo Antidumping*. Textualmente, el inciso i) del párrafo 6 del artículo 17 es una disposición específica del *Acuerdo Antidumping*.⁷⁹

115. La norma de examen correctamente aplicable a los procedimientos que el marco con el *Acuerdo MSF* debe, por supuesto, 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.⁸⁰ La adopción de una norma de examen que no se base claramente en el texto del *Acuerdo MSF* mismo, puede conducir fácilmente a una alteración del equilibrio sutilmente establecido; ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación están autorizados a hacerlo.

116. No obstante, no intentamos sugerir que actualmente no haya ninguna norma de examen aplicable a la determinación y evaluación de los hechos en los procedimientos en el marco de las disposiciones del *Acuerdo MSF* o cualquiera de los otros acuerdos abarcados. A nuestro juicio, el artículo 11 del ESD se refiere directamente a este asunto y, en efecto, expresa en forma muy sucinta, pero con suficiente claridad, la norma de examen adecuada para los Grupos Especiales, tanto con respecto a la verificación de los hechos como a la caracterización jurídica de los mismos en el marco de los acuerdos pertinentes. El artículo 11 dice lo siguiente:

⁷⁹Por otra parte, como sugirieron los Estados Unidos, debemos hacer notar que la *Decisión sobre el examen del párrafo 6 del artículo 17 del Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* de 1994, que dice lo siguiente:

Los Ministros,

Deciden lo siguiente:

La norma de examen establecida en el párrafo 6 del artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 se examinará una vez que haya transcurrido un período de tres años con el fin de considerar la cuestión de si es susceptible de aplicación general. (subrayado añadido)

Esta Decisión Ministerial demuestra que los Ministros eran conscientes de que el inciso i) del párrafo 6 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* solamente era aplicable con respecto a ese Acuerdo.

⁸⁰Véase, por ejemplo, S.P. Croley y J.H. Jackson, "WTO Dispute Panel Deference to National Government Decisions, The Misplaced Analogy to the U. S. Chevron Standard-of-Review Doctrine", en E.-U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Kluwer, 1997) 185, página 189; P.A. Akakwan, "The Standard of Review in the 1994 Antidumping Code: Circumscribing the Role of GATT Panels in Reviewing National Antidumping Determinations" (1996), 5:2, *Minnesota Journal of Global Trade*, 277, páginas 295-296.

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido y, concretamente, 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. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria. (subrayado añadido)

117. En cuanto a las constataciones fácticas de los Grupos Especiales, sus actividades siempre están limitadas por el mandato establecido en el artículo 11 del ESD: la norma aplicable no es un examen *de novo* propiamente dicho, ni la "deferencia total", sino más bien "una evaluación

119. En consecuencia, consideramos que la cuestión planteada por las Comunidades Europeas con respecto a la falta de aplicación de una norma de examen adecuada se convierte en otra cuestión, a saber: si el Grupo Especial, al hacer las constataciones indicadas *supra* y otras mencionadas por las Comunidades Europeas y contra las que éstas han apelado, ha hecho "una evaluación objetiva del asunto que se le ha sometido, e incluso *una*

121. La argumentación básica de las Comunidades Europeas es que el principio de cautela es o se ha convertido en "una norma consuetudinaria general del derecho internacional" o por lo menos "en un principio general del derecho".⁸⁶ Refiriéndose más concretamente a los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, la aplicación del principio de cautela significa, a juicio de las Comunidades Europeas, que no es necesario que todos los científicos del mundo se pongan de acuerdo sobre la "posibilidad y magnitud" del riesgo, ni que todos o la mayoría de los Miembros de la OMC perciban y evalúen el riesgo de la misma forma.⁸⁷ También subrayan que los párrafos 1 y 2 del artículo 5 no prescriben ningún tipo especial de evaluación del riesgo ni impiden a los Miembros proceder

d1 0 0 1 164.16 674.16

los Miembros como un principio de *derecho internacional general* o *consuetudinario* parece menos claro.⁹² No obstante, consideramos que es innecesario, y probablemente imprudente, que en esta apelación el Órgano de Apelación tome posición sobre esta importante pero abstracta cuestión. Tomamos nota de que el propio Grupo Especial no hizo ninguna constatación definitiva con respecto a la condición del principio de cautela en el derecho internacional y que el principio de cautela, por lo menos fuera del ámbito del derecho medioambiental internacional, aún no tiene una formulación autorizada.⁹³

124. Nos parece importante señalar, sin embargo, algunos aspectos de la relación del principio de cautela con el *Acuerdo MSF*. En primer lugar, ese principio no ha sido incluido en el texto del *Acuerdo* como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones de dicho *Acuerdo*. En segundo lugar, el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 de dicho *Acuerdo*. Coincidimos, al mismo tiempo, con las Comunidades Europeas, en que no es necesario suponer que la pertinencia del párrafo 7 del artículo 5 se agota en el principio de cautela. Éste también se refleja en el sexto párrafo del preámbulo y en el párrafo 3 del artículo 3. Estos textos reconocen expresamente el derecho de los Miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria,

⁹²Autores como P. Sands, J. Cameron y J. Abouchar, si bien reconocen que el principio aún está en evolución, admiten sin embargo que existe actualmente una práctica estatal suficiente como para apoyar la idea de que el principio de cautela es un principio del derecho internacional consuetudinario. Véase, por ejemplo P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Volumen I (Manchester University Press 1995) página 212; J. Cameron, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", en J. Cameron y T.O'Riordan (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle* (Cameron, mayo de 1994) 262, página 283; J. Cameron y J. Abouchar, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in D. Freestone y E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle in International Law* (Kluwer, 1996), 29, página 52. Otros autores sostienen que el principio de cautela aún no ha alcanzado la condición jurídica de un principio del derecho internacional, o por lo menos, consideran esa condición dudosa, entre otras razones por el hecho de que el principio sigue aún siendo objeto de una gran diversidad de interpretaciones. Véase, por ejemplo P. Birnie y A. Boyle, *International Law and the Environment* (Clarendon Press, 1992), página 98; L. Gündling, "The Status in International Law of the Precautionary Principle" (1990) 5:1,2,3 *International Journal of Estuarine and Coastal Law* 25, página 30; A. de0 Tf(Law) TjET/BT020.00 1 424.56 304.32 Tm/F67.96 national

que puede ser más elevado (es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes. En tercer lugar, el Grupo Especial que se ocupe de determinar, por ejemplo, si existen "testimonios científicos suficientes" para justificar que un Miembro mantenga determinada medida sanitaria o fitosanitaria puede, por supuesto, y debe tener presente que los gobiernos responsables y representativos generalmente actúan desde una perspectiva de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo la terminación de la vida, para la salud de los seres humanos. Por último, y a pesar de ello, el principio de cautela, por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios (de derecho internacional consuetudinario) normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del *Acuerdo MSF*.

125. En consecuencia estamos de acuerdo con la constatación del Grupo Especial en el sentido de que el principio de cautela no prevalece sobre las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

VII.

127. Las Comunidades Europeas afirman que esta conclusión del Grupo Especial es "demasiado tajante"⁹⁷ y que el *Acuerdo MSF* revela la intención de limitar la aplicación temporal del Acuerdo, y en particular de los párrafos 1 a 5 del artículo 5 del mismo, a las medidas promulgadas después de la entrada en vigor del Acuerdo.

128. Nos hemos ocupado de la cuestión relativa a la aplicación temporal en nuestro Informe sobre el asunto *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado ("Brasil - Coco desecado")* y llegamos a la conclusión, sobre la base del artículo 28 de la *Convención de Viena*, de que:

A falta de una intención contraria, un tratado no puede aplicarse a actos o hechos que tuvieron lugar, o a situaciones que hayan dejado de existir, antes de la fecha de su entrada en vigor.⁹⁸

Coincidimos

Por otra parte, otras disposiciones del *Acuerdo MSF*, tales como los párrafos 2 y 3 del

formuladas por los expertos científicos que asesoran al Grupo Especial. Sostienen, dicho de otro modo, que el Grupo no ha efectuado una evaluación

actos incompatibles con una evaluación objetiva de los hechos. El hecho de "desestimar", "distorsionar" y "tergiversar" las pruebas, en su significación ordinaria en los procesos judiciales y cuasijudiciales, supone no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un error monumental que pone en duda la buena fe del grupo de expertos.¹⁰¹ Sostener que un grupo especial hizo caso omiso de las pruebas que le presentaron o las deformó es lo mismo que afirmar que no reconoció, en menor o mayor medida, a la parte que presentaba las pruebas la lealtad fundamental o lo que en muchos fueros se conoce por las debidas garantías procesales o derecho natural.

134. Por consiguiente, a nosotros nos incumbe examinar las afirmaciones de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial no consideró o distorsionó en esta ocasión algunas de las pruebas que le fueron presentadas.

A. *Pruebas relativas al MGA*

135. Según las Comunidades Europeas, la conclusión del Grupo Especial de que los científicos que asesoraron a éste han manifestado en varias ocasiones que no tienen noticia de ningún estudio científico de dominio público que evalúe la seguridad del MGA¹⁰² no es cierta manifiestamente.¹⁰³ El Grupo Especial citó únicamente a dos de sus expertos (al Dr. Ritter y al Dr. McLean), cuyas declaraciones no apoyan totalmente la conclusión del Grupo de Expertos. Además, el Grupo Especial no mencionó que el Dr. André y el Dr. Lucier, otros dos expertos asesores del Grupo, habían dicho respectivamente que el MGA puede entrañar un auténtico riesgo y que esa hormona es

no ha hecho ningún comentario sobre el MGA "ya que no se disponía de una gran cantidad de datos para su evaluación".¹⁰⁶ Esas dos declaraciones apoyan la conclusión del Grupo Especial. Es cierto que el Grupo Especial no menciona las declaraciones del Dr. Lucier ni del Dr. André. Sin embargo, esas declaraciones no contradicen la conclusión del Grupo Especial de que no existe un estudio a disposición del público sobre la seguridad del MGA. Además, a pesar de que el Grupo Especial podría haberse referido a las declaraciones del Dr. André y del Dr. Lucier relativas al MGA y haberlas evaluado, por lo general queda a discreción del Grupo Especial decidir qué pruebas elige para utilizarlas en sus conclusiones. No creemos que el hecho de que el Grupo Especial haya silenciado las declaraciones del Dr. André y del Dr. Lucier constituya una distorsión o desestimación de las pruebas.

136. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo de Expertos se abstuvo de solicitar la presentación de datos acerca del MGA y afirma que esa abstención constituye una infracción del artículo 11 del ESD. Sin embargo, en el artículo 11 no encontramos nada que sugiera que el Grupo Especial tiene obligación de reunir datos relativos al MGA ni que, por consiguiente, tenga que solicitar la presentación de esos datos.

137. Además, las Comunidades Europeas dicen que el Grupo Especial no consideró arbitrariamente toda la información relativa al MGA que las Comunidades Europeas le habían presentado. La información mencionada se refería a estudios e informes del CIIC sobre hormonas, incluidas las progestinas, una categoría de sustancias a la que se dice pertenece el MGA. Sin embargo, observamos que el Grupo Especial no se limitó a hacer caso omiso de los estudios e informes del CIIC, sino que indicó que no los consideraba pertinentes porque

Comunidades Europeas y eliminó los puntos de vista científicos que disentían de las opiniones de sus propios expertos, en un intento de hacer que el resultado deseado se ajustara al informe científico.¹⁰⁸ Primero, las Comunidades Europeas sostienen¹⁰⁹ que el Grupo Especial cita de manera incorrecta algunas de las declaraciones del Dr. Lucier y pasa totalmente por alto otras de sus declaraciones más pertinentes.¹¹⁰ Tomamos nota de que efectivamente el Grupo Especial citó incorrectamente lo que había dicho el Dr. Lucier. El Grupo Especial interpretó equivocadamente la declaración del Dr. Lucier que figura en el párrafo 819 del Anexo entendiendo que el riesgo de 0 - 1 entre un millón es causado por la *cantidad total de estrógenos en la carne tratada*. Es evidente que el Dr. Lucier dijo que este riesgo es debido a la pequeña proporción de estrógenos *añadida para estimular el crecimiento*. Ahora bien, este error del Grupo Especial al interpretar la declaración del Dr. Lucier no constituye una desestimación *deliberada* de las pruebas o una negligencia grave debida a mala fe. El Grupo Especial tampoco mencionó algunas otras declaraciones del Dr. Lucier. Nos parece que esas declaraciones o se limitan a explicar la declaración examinada más arriba o son de carácter general. No es realista esperar que el Grupo

declaraciones de los otros expertos del Grupo Especial o las opiniones expuestas por los científicos de la CE puede ser una cuestión de hecho; no se necesita un conocimiento técnico determinado para abordarla. Ahora bien, aun cuando el Grupo Especial haya interpretado incorrectamente las opiniones del Dr. André, no vemos razón alguna, y ninguna

de esas hormonas cuando se utilizan específicamente para estimular el crecimiento ni con respecto a concentraciones de residuos comparables a las que se presentan tras esa utilización¹¹⁸, ni los posibles efectos perjudiciales de la presencia en *los productos alimenticios* de residuos de las hormonas en cuestión o de concentraciones de residuos comparables a las que se presentan en los productos alimenticios. Por consiguiente, la distinción del Grupo Especial entre estudios generales y específicos y su consideración de las monografías del CIIC de 1987 no parece arbitraria. Además, observamos que el Grupo Especial llegó a la conclusión, antes bien, de que esas monografías

al igual que la forma en que trata las monografías del CIIC de 1987, no equivale a una distorsión de las pruebas.

C. *Pruebas relativas a la cuestión del control*

143. En lo que respecta a la cuestión del control, las Comunidades Europeas argumentan que el Grupo Especial no tuvo en cuenta los testimonios presentados por las Comunidades Europeas¹²³ y no consideró las declaraciones de algunos de sus propios expertos.¹²⁴ Observamos que, efectivamente, el Grupo Especial no se refirió explícitamente a todos los testimonios relativos al control que le habían sido presentados. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que los riesgos relacionados con los problemas generales de control no se deberían tener en

que los expertos que le asesoraban habían dejado claro que la posibilidad de abuso en un régimen en que las hormonas en cuestión se permitan en condiciones específicas y en el régimen actual, en que están prohibidas, sería comparable. Las Comunidades Europeas afirman que en las declaraciones a que se refiere el

IX. Algunos procedimientos adoptados por el Grupo Especial

A. Selección y empleo de expertos

146. Las Comunidades Europeas consideran que el Grupo Especial, en su selección y empleo de expertos ha infringido el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF*, así como el artículo 11, el párrafo 2 del artículo 13 y el apéndice 4 del ESD.¹³³ Observamos que el Grupo Especial decidió solicitar la opinión de expertos sobre ciertas cuestiones científicas y técnicas suscitadas por las partes en la controversia y que, en lugar de establecer un grupo de examen constituido por expertos, el Grupo Especial consideró más útil dejar abierta la posibilidad de recibir una serie de opiniones de expertos a título individual. El Grupo Especial destaca entre otras cosas, que:

... pero, a nuestro juicio, ni el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo MSF ni el párrafo 2 del artículo 13 del ESD limitan nuestro derecho a recabar información de expertos conforme a lo previsto en la primera frase del párrafo 2 del artículo 11, del Acuerdo MSF y el párrafo 1 y la primera frase del párrafo 2 del artículo 13 del ESD.¹³⁴

147. Estamos de acuerdo con el Grupo Especial. Tanto el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* como el artículo 13 del ESD facultan a los grupos especiales a recabar información y asesoramiento cuando lo estimen pertinente en un determinado caso. El párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* dice:

En una diferencia examinada en el marco del presente Acuerdo en la que se planteen cuestiones de carácter científico o técnico, el grupo especial correspondiente deberá pedir asesoramiento a expertos por él elegidos en consulta con las partes en la diferencia. A tal fin, el grupo especial podrá, cuando lo estime apropiado, establecer un grupo asesor de expertos técnicos ... (sin subrayar en el original).

El artículo 13 del ESD dispone, en su parte pertinente:

1. Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente ...
2. Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales *podrán* solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia ... (sin subrayar en el original).

¹³³Comunicación del apelante - CE, párrafo 587.

¹³⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.7; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.7.

Observamos que en las diferencias que entrañan cuestiones científicas

celebrar una reunión conjunta con expertos científicos; segundo, dar acceso a toda la información presentada

con la letra y el espíritu del párrafo 3 del artículo 9 del ESD. En realidad, como ya se ha señalado, a pesar de que el proceso del Canadá fue incoado varios meses más tarde que el de los Estados Unidos, el Grupo Especial consiguió concluir al mismo tiempo los informes de los dos Grupos Especiales.

154. Respecto de la participación de los Estados Unidos en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial solicitada por el Canadá, el Grupo Especial dice:

Esta decisión se basó, entre otras cosas, en el hecho de que nuestra segunda reunión se celebraba el día siguiente a nuestra reunión conjunta con los expertos científicos y que, en consecuencia, las partes en esta diferencia formularían seguramente observaciones sobre los testimonios presentados por esos expertos y extraerían conclusiones de esos testimonios, observaciones y conclusiones que habían de ser examinadas en uno y otro asunto. Dado que en el procedimiento del Grupo Especial solicitado por los Estados Unidos la segunda reunión se había celebrado antes de la reunión conjunta con los expertos científicos, juzgamos apropiado, para preservar los derechos de los Estados Unidos en el procedimiento que habían solicitado, dar a ese país la oportunidad de

C. *Diferencia entre alegaciones jurídicas y argumentos*

155. Al argüir que los grupos especiales no están facultados para emitir dictámenes más allá de lo solicitado por las partes, las Comunidades Europeas aseveran que el Grupo Especial

comunicaciones escritas, los escritos de réplica, y la primera y segunda reuniones del grupo especial con las partes a medida que el caso avanza.¹⁴⁷ (omitidas las notas)

Los grupos especiales se abstienen de

y recomendaciones internacionales pertinentes elaboradas por el Codex porque no están en conformidad con esas normas, directrices y recomendaciones; y tercero, que las medidas comunitarias "no están justificadas al amparo", es decir, no cumplen las prescripciones del párrafo 3 del artículo 3. Antes de llegar a la conclusión mencionada, el Grupo Especial elaboró tres interpretaciones jurídicas, todas las cuales han sido objeto de apelación por las Comunidades Europeas y deben abordarse aquí: la primera se refiere al significado de la expresión "basadas en" utilizada en el párrafo 1 del artículo 3; la segunda se refiere a la relación entre los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*; y la tercera se refiere a las prescripciones del párrafo 3 del artículo 3 de dicho Acuerdo. Como cabe esperar, las tres interpretaciones del Grupo Especial se entremezclan.

A. *El significado de la expresión "basadas en" utilizada en el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF*

160. El párrafo 1 del artículo 3 dispone lo siguiente:

Para armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan, salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo y en particular en el párrafo 3.

161. Al tratar del significado de la expresión "basadas en", el Grupo Especial hace las interpretaciones siguientes:

El Acuerdo MSF no define expresamente la expresión *basarán ... en* utilizada en el párrafo 1 del artículo 3, pero el párrafo 2 de ese artículo, que establece una presunción de compatibilidad con el Acuerdo MSF y con el GATT de las medidas sanitarias que *estén en conformidad con* normas internacionales, equipara las medidas *basadas en* normas internac

medida sanitaria implique un nivel diferente, no cabe considerar que esa medida está basada en la norma internacional.

En consecuencia, constatamos que para que una medida sanitaria esté basada en una norma internacional de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3, es necesario que la medida de que se trate refleje el mismo nivel de protección sanitaria que la norma. Así pues, en la presente diferencia hay que comparar el nivel de protección que representan las medidas de las CE impugnadas y el que representan las normas del Codex para cada una de las cinco hormonas en cuestión.¹⁴⁹ (subrayado añadido)

162. En la interpretación del Grupo Especial leemos que el párrafo 2 del artículo 3 "equipara" las medidas "basadas en" normas internacionales con las medidas que "estén en conformidad" con esas normas en el sentido de que las expresiones "basadas en" y "estén en conformidad con" tienen un significado idéntico. El Grupo Especial está pues afirmando que, en adelante, las MSF de los Miembros deben "estar en conformidad con" las normas, directrices y recomendaciones del Codex.

163. No podemos aceptar esta interpretación del Grupo Especial. En primer lugar, el significado corriente de la expresión "basadas en" es muy diferente del alcance normal o natural de la expresión "estén en conformidad con". Corrientemente se dice que una cosa está "basada en" otra cuando la primera "se asienta" o "se funda" o "está apoyada" sobre la otra o "está sostenida" por ella.¹⁵⁰ En cambio, para que pueda considerarse que una cosa "está en conformidad" con otra se requiere mucho más: la primera debe "cumplir con", "ajustarse a" o "concordar con" la otra. La expresión "estar en conformidad con" hace referencia a "corresponderse en forma o manera", a "cumplir con" o "concordar", a "ajustarse en forma o naturaleza".¹⁵¹ Por supuesto, una medida que "está en conformidad con" e incorpora una norma del Codex Alimentarius "está basada en" esa norma. Sin embargo, una medida basada en esa misma norma puede no conformarse con ella, como cuando solamente algunos elementos, y no todos, de la norma están incorporados en la medida.

164. En segundo lugar, las expresiones "basadas en" y "estén en conformidad con" se utilizan en distintos artículos y en distintos

sanitarias y fitosanitarias en normas internacionales; sin embargo, lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 se refiere a medidas que "estén en conformidad con" normas internacionales. De nuevo el párrafo 3 del artículo 3 se refiere a medidas "basadas en" normas internacionales. Se impone la consecuencia de que la elección y uso de los distintos términos en diferentes lugares del *Acuerdo MSF* son deliberados, y que las distintas expresiones tienen por objeto transmitir significados diferentes. Quien interpreta un tratado no tiene derecho a suponer que ese uso sea meramente imputable a inadvertencia de parte

imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos

esté *basada* en una norma internacional ..., es necesario que la *medida* de que se trate refleje el mismo nivel de protección sanitaria que la *norma*".¹⁵⁶

168. Nos parece que el Grupo Especial atribuye al párrafo 3 del artículo 3 mucho más de lo que puede razonablemente soportar el texto actual de dicho párrafo. Más aún, todo el análisis del Grupo Especial descansa en la falsa premisa de que la expresión "basadas en", utilizada en los párrafos 1 y 3 del artículo 3, tiene el mismo significado que la expresión "estén en conformidad con", utilizada en el párrafo 2 del artículo 3. Como ya se ha señalado, nos vemos obligados a rechazar esta premisa como errónea en derecho. Sin embargo, debe dejarse para otra oportunidad y otro caso el examen de si es correcto el resto de la complicada interpretación que hace el Grupo Especial, y el examen de las consecuencias de la prueba decisiva del Grupo Especial.

B. *Relación entre los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF*

169. Tratamos ahora la relación que existe entre los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. Como antes se ha hecho observar, el Grupo Especial asimiló entre sí los párrafos 1 y 2 del artículo 3, llamó al resultado la "regla general" y contrapuso ese resultado con el párrafo 3 del artículo 3 que denotaba la "excepción". Esta opinión nos parece una representación errónea de las situaciones diversas que pueden plantearse en el marco del artículo 3, es decir, cuando existe una norma, directriz o recomendación internacional

la exención de la carga normal de mostrar que existe presunción de incompatibilidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 o cualquier otro artículo pertinente del *Acuerdo MSF* o del GATT de 1994.

172. En virtud del párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, todo Miembro puede decidir establecer por sí mismo un nivel de protección distinto del que está implícito en la norma internacional, y aplicar o incorporar ese nivel de protección en una medida no "basada en" la norma internacional. C"

lograría mediante medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del presente Acuerdo.

²A los efectos del párrafo 3 del artículo 3, existe una justificación científica si, sobre la base de un examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo, un Miembro determina que las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes no son suficientes para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria.

174. Las Comunidades Et4.8 657.6 Tm/F67 10 Tfdá230.64 732.72 Tm/F20 11 6(Comunidades) TjETBTaduc2

otra disposición del ... Acuerdo [MSF]". La expresión "ninguna otra disposición del presente Acuerdo" incluye textualmente el artículo 5. En segundo lugar, la nota al párrafo 3 del artículo 3, si bien va anexa al final de la primera cláusula,

XI. La interpretación de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del Acuerdo MSF: las medidas sanitarias y fitosanitarias se han de basar en la evaluación del riesgo

178. Volvemos a la apelación de las Comunidades Europeas contra la conclusión del Grupo Especial de que, al mantener medidas sanitarias y fitosanitarias que no se basan en una evaluación del riesgo, las Comunidades Europeas actuaron de manera incompatible con las prescripciones contenidas en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

179. El párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* prescribe 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 (subrayado añadido).

A. *La interpretación de la "evaluación del riesgo"*

180. De entrada, es preciso destacar dos consideraciones preliminares. La primera es que a juicio del Grupo Especial el párrafo 1 del artículo 5 puede considerarse como una aplicación específica de las obligaciones básicas contenidas en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*¹⁶⁰ que dice 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 (subrayado añadido).

Estamos de acuerdo con esta consideración general y quisiéramos también insistir en 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.

¹⁶⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.93; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.96.

181. La

184. Las Comunidades Europeas rechazan la mencionada interpretación por considerar que entraña una noción errónea del riesgo y de la evaluación del riesgo. Aunque cabe debatir sobre su utilidad, no nos parece que un análisis en dos etapas sea sustancialmente erróneo. Lo que es preciso señalar en esta fase es que la utilización por el Grupo Especial de "probabilidad" como término distinto de "potential" (posibilidad) crea considerable inquietud. El sentido normal de "potential" en inglés guarda relación con "posibilidad" y es distinto del sentido ordinario de "probabilidad".¹⁶⁴ "Probabilidad" implica un grado o un umbral superior de potencialidad o posibilidad. Parece, por consiguiente, que aquí el Grupo Especial introduce una dimensión cuantitativa en la noción de riesgo.

185. En sus deliberaciones sobre la declaración del Dr. Lucier, en la reunión conjunta con los expertos celebrada en febrero de 1997¹⁶⁵, el Grupo Especial señala que el riesgo al que se refiere este experto es una estimación que constituye "... únicamente una

para la salud.¹⁶⁹ Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que esta incertidumbre teórica no es el tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, se ha de evaluar. En otra parte de sus informes, sin embargo, el Grupo Especial parece utilizar la expresión "riesgo identificado científicamente" para prescribir implícitamente que se debe demostrar cierto nivel de *magnitud* o umbral de riesgo en una evaluación de los riesgos si se quiere que una medida sanitaria o fitosanitaria basada en ella se considere compatible con el párrafo 1 del artículo 5¹⁷⁰. En la medida en que el Grupo Especial pretendía que se exigiera una evaluación del riesgo para establecer una magnitud mínima de riesgo, debemos señalar que la imposición de ese requisito cuantitativo no tiene base alguna en el *Acuerdo MSF*. Un grupo especial sólo está autorizado a determinar si una medida sanitaria o fitosanitaria dada se "basa en" una evaluación del riesgo. Como se explicará más adelante, esto significa que un grupo especial tiene que determinar si una medida sanitaria o fitosanitaria está suficientemente respaldada o razonablemente justificada por la evaluación del riesgo.

2. Factores que se han de tomar en consideración al realizar una evaluación del riesgo

187. El párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* contiene una indicación de los factores que se deben tener en cuenta en la evaluación del riesgo. El párrafo 2 del artículo 5 prescribe que:

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

La numeración del párrafo 2 del artículo 5 comienza con "testimonios científicos existentes"; sin embargo, esto es sólo el comienzo. Advertimos a este respecto que el Grupo Especial declara que, a los efectos de las medidas de las CE objeto de la diferencia, una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 constituye "un proceso *científico* tendente a establecer la base *científica* de la medida sanitaria que un miembro se propone adoptar".¹⁷¹ En la medida en que el Grupo Especial quería referirse a un proceso caracterizado por una investigación y análisis sistemáticos, disciplinados y objetivos, es deciobjetivos,

Especial es irrecusable.¹⁷² Sin embargo, en la medida en que el Grupo Especial pretende excluir del alcance de una evaluación del riesgo, en el sentido del párrafo 1 del artículo 5, todas las cuestiones no susceptibles de un análisis cuantitativo por los métodos de laboratorio empíricos o experimentales comúnmente vinculados a las ciencias físicas, creemos que el Grupo Especial está en un error. Algunas de las categorías de factores enumeradas en el párrafo 2 del artículo 5 como "los procesos y métodos de producción pertinentes" y "los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba" no son necesariamente o en su totalidad susceptibles de investigación con arreglo a métodos de laboratorio de, por ejemplo, bioquímica o farmacología. Además, nada indica que la enumeración de los factores que se pueden tener en cuenta en una evaluación del riesgo que figura en el párrafo 2 del artículo 5 esté destinada a ser una lista cerrada. Es esencial tener presente que el riesgo que se va a evaluar en una evaluación del riesgo con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 no es únicamente un riesgo verificable en un laboratorio científico que funciona en condiciones estrictamente controladas, sino también un riesgo en las sociedades humanas que realmente existen, en otras palabras, la posibilidad efectiva de que se produzcan efectos adversos para la salud humana en el mundo real en el que las personas viven, trabajan y mueren.

B. *La interpretación de "se basen en"*

1. ¿Existe un "requisito mínimo de procedimiento" en el párrafo 1 del artículo 5?

188. Aunque reconoce expresamente que el párrafo 1 del artículo 5 *no* contiene requisitos específicos de procedimiento en relación con la obligación de un miembro de basar sus medidas sanitarias en una evaluación del riesgo, el Grupo Especial procede no obstante a declarar que "el párrafo 1 del artículo 5 establece requisitos mínimos de procedimiento". Esos requisitos consisten en que "para que pueda considerarse que una medida sanitaria *se basa* en una evaluación del riesgo, el Miembro que la establezca ha de presentar pruebas de que por lo menos *tuvo en cuenta* efectivamente una evaluación del riesgo

¹⁷²El sentido habitual de "científico", tal como se deduce de las definici/F20 11 Tf(los) TjETF67 10 Tf(en) TjETBT120.56 9(e)

cuando la estableció o la mantuvo".¹⁷³ El Grupo Especial declara a continuación que las Comunidades Europeas no aportaron pruebas de que "*las instituciones competentes de las CE hayan tenido efectivamente en cuenta los estudios ... en el momento de establecer esas medidas (en 1981 y 1988)*" ni

apoyan la medida sanitaria o fitosanitaria que se esté examinando. Este riesgo de exclusión de pruebas científicas existentes puede ser particularmente importante para la mayoría de las medidas sanitarias y fitosanitarias que se adoptaron antes de la fecha efectiva del *Acuerdo sobre la OMC* y que simplemente se han mantenido con posterioridad.

191. Al solicitar pruebas de que las autoridades de las CE efectivamente "tuvieron en cuenta" determinados estudios científicos, el Grupo Especial se refiere a los preámbulos de las Directivas de las CE relacionadas con este aspecto. El Grupo Especial toma nota de que esos preámbulos no mencionaban ninguno de los estudios científicos a que se refirieron las Comunidades Europeas en las deliberaciones del Grupo Especial. Los preámbulos de disposiciones legislativas o quasi legislativas y los reglamentos administrativos por lo común cumplen los requisitos de los ordenamientos jurídicos internos de los Miembros de la OMC.

195. Pasamos ahora a la aplicación por el Grupo Especial de los requisitos sustantivos del párrafo 1 del artículo 5 a las medidas de las CE que están en juego en el caso presente. El Grupo Especial enumera la siguiente documentación científica a la que se han referido las Comunidades Europeas con respecto a las hormonas de que aquí se trata (a excepción del MGA):

- el Informe de 1982 del Comité Científico Veterinario, el Comité Científico sobre Nutrición Animal y el Comité

Europe
adminis

199.

artículo

observa

y opinio

en cues

de estud

Las mon

de esas h

no evalúa

la presenc

de las horm

que le ases

cuenta en lo

monografías

en contradicci

artículos y opin

categorias de hormonas, o de las hormonas

iniones tienen, en otras palabras, carácter

carcinogénico de las hormonas designadas.

no han evaluado el potencial carcinogénico

de estimular el crecimiento. Además,

carcinogénicos como consecuencia de

"de o los productos cárnicos" de residuos

én que, según los expertos científicos

Monografías de 1987 se tuvieron en

conclusiones a que se llegó en las

informes del JECFA, y no están

de que esas monografías y esos

201. En lo que concierne a la relación de riesgo relacionado con el MGA, las Comunidades Europeas se refirieron a las Monografías de 1987 del CIIC. Esas Monografías tratan, entre otras cosas, de la categoría de las progestinas de que forma parte la hormona progesterona. Las Comunidades Europeas alegan que, como el MGA es un agente anabólico que imita la acción de la progesterona, los estudios y experimentos científicos en que se basan las Monografías de 1987 del CIIC eran

Buenas prácticas en el uso de medicamentos veterinarios (BPMV): Modos de empleo oficialmente recomendados o autorizados, incluidos los períodos de suspensión, aprobados por las autoridades nacionales, de medicamentos veterinarios administrados en condiciones prácticas."

En consecuencia, utilizaremos la expresión "buenas prácticas veterinarias" como una expresión abreviada del concepto definido en el *Codex Alimentarius*.

203. El Grupo Especial, al ocuparse de este tipo de riesgo, examina los argumentos presentados por las Comunidades Europeas, pero no encuentra ninguna evaluación de esa categoría de riesgo. En última instancia, el Grupo Especial rechaza esos argumentos principalmente sobre una base *a priori*. En primer lugar, para el Grupo Especial, las prescripciones del párrafo 2 del artículo 5 se refieren a "los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba":

... no parece que ... abarquen los problemas generales de control (por ejemplo, el de garantizar la observancia de las buenas prácticas) que puedan plantearse en relación con una sustancia. Los riesgos asociados a los problemas generales de control no parecen ser específicos de las sustancias de que se trata, sino de las consecuencias económicas o sociales vinculadas a una sustancia o a un uso concreto de esa sustancia (por ejemplo, los incentivos económicos que favorecen el abuso de la sustancia). En consecuencia, esos factores no científicos no deben

205. Con respecto al primer motivo, estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que el Grupo Especial ha incurrido efectivamente en un error con respecto al

juicio, es un error jurídico fundamental es excluir, *a priori*, cualquiera de esos riesgos del ámbito de aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 5. No estamos de acuerdo con la sugerencia del Grupo Especial de que la exclusión

problemas reales que han surgido en las fronteras de las Comunidades Europeas o dentro de los Estados Unidos, el Canadá y otros países

WT/DS26/AB/R
WT/DS48/AB/R

situaciones en las que se trata de la misma sustancia o que entrañan el mismo efecto perjudicial para la salud son comparables entre sí.¹⁹⁷ Las Comunidades Europeas impugnan esta interpretación como errónea: aunque están de acuerdo en que debe existir algún elemento común (v. gr., la sustancia o el medicamento, o el riesgo para la salud), afirman que ese

- ii) el nivel de protección con respecto a las hormonas naturales presentes de forma endógena en la carne y otros alimentos²⁰²;

- iii) el nivel de

En cambio, el Grupo Especial no comparó el nivel de protección iii) con el nivel de protección i).²⁰⁸
A continuación examinamos consecutivamente lo que ha realizado el Grupo Especial y los resultados que ha obtenido.

220. El Grupo Especial compara primero los niveles de protección establecidos por las Comunidades Europeas con respecto a las hormonas naturales

respecto a las hormonas sintéticas utilizadas para estimular el crecimiento y con respecto a las hormonas naturales que se presentan en forma endógena en la carne y otros alimentos.²¹³

221. No compartimos las conclusiones del Grupo Especial de que las citadas diferencias en los niveles de protección con respecto a las hormonas añadidas en la carne tratada y con respecto a las hormonas que se presentan en forma natural en los alimentos son simplemente arbitrarias e injustificables. Al contrario, consideramos que existe una diferencia fundamental entre las hormonas añadidas (naturales o sintéticas) y las hormonas presentes en forma natural en la carne y otros alimentos. Con respecto a estas últimas, las Comunidades Europeas simplemente no adoptan ninguna medida reguladora²¹⁴; exigirles que prohíban totalmente la producción y el consumo de esos alimentos o que limiten los residuos de las hormonas que se presentan de forma natural en los alimentos entraña una intervención estatal tan completa y masiva en la naturaleza y en las vidas ordinarias de la población, que reduce la comparación en sí a un absurdo. Las demás consideraciones citadas por el Grupo Especial, ya se analicen por separado o

separado

plenamente debatida ante el Grupo Especial.²¹⁶ Aunque no apelaron expresamente contra esta falta de realización de la comparación por parte del Grupo Especial, los Estados Unidos se atienen manifiestamente al hecho de que las Comunidades Europeas tratan las utilidades terapéuticas y zootécnicas de las hormonas naturales de manera diferente a la utilización de las mismas hormonas para estimular el crecimiento.²¹⁷

223. Las Comunidades Europeas han alegado que existen dos diferencias importantes entre la administración de hormonas para estimular el crecimiento y su administración con fines terapéuticos y zootécnicos. La primera diferencia guarda relación con la frecuencia y escala del tratamiento.²¹⁸ El uso terapéutico es ocasional frente al uso regular y continuo que caracteriza a la estimulación del crecimiento.²¹⁹ El uso terapéutico es selectivo ya que sólo concierne al enfermo individual o a animales enfermos; la estimulación del crecimiento entraña la administración de hormonas a todo el rebaño y a todos los miembros de un rebaño de ganado. Por consiguiente, el uso terapéutico se realiza en pequeña escala y normalmente concierne al ganado destinado a la cría y no al sacrificio; en cambio, la autorización de esas hormonas para estimular el crecimiento se produce a una escala mucho mayor y su control resulta mucho más difícil y costoso.²²⁰ La utilización zootécnica puede estar relacionada con rebaños enteros, pero sólo se realizaría una vez al año²²¹; por consiguiente, se puede claramente distinguir de la utilización de hormonas constantemente y durante largos períodos de tiempo (al parecer durante la mayor parte de la vida de los animales en cuestión). Esta diferencia ha sido destacada en particular por el Dr. André, uno de los expertos que asesoraron al Grupo Especial.²²²

²¹⁶Véase, por ejemplo, Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 4.63, 4.64, 4.68, 4.69, 4.71, 4.223, 4.224, 4.225, 4.226 y 4.227, e Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 4.141, 4.147, 4.217, 4.238 y 4.242.

²¹⁷Comunicación del apelante - Estados Unidos, párrafos 26, 27 y 29.

²¹⁸Comunicación del apelado - CE, párrafos 82-84.

²¹⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 4.71; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 4.242.

²²⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.198; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.201.

²²¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.199; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.202.

²²²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 6.183, 6.184 y 6.189; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 6.182, 6.183 y 6.188.

224. La segunda diferencia concierne al modo de administración de las hormonas. Para prevenir el abuso²²³, las Comunidades Europeas han regulado con bastante detalle las condiciones en que los Estados Miembros de la Unión Europea pueden autorizar la administración de hormonas naturales con fines terapéuticos y zootécnicos. En primer lugar las hormonas deben ser administradas por

una edad máxima de cuatro meses). Según un informe del JECFA²²⁷, presentado al Grupo Especial por los Estados Unidos, el carbadox es un aditivo alimentario conocido como carcinógeno genotóxico, es decir, el carbadox *induce* y no simplemente estimula el cáncer.²²⁸ Los expertos que asesoraron al Grupo Especial confirmaron que el carbadox es de carácter

230. El tercer argumento de las Comunidades Europeas es que el carbadox y el olaquinox sólo pueden obtenerse comercialmente en piensos preparados (no como inyecciones o implantes) en dosis predeterminadas y que, en consecuencia, se prestan menos al abuso. El Grupo Especial advierte que, según los expertos que le asesoraron, los productos que contienen cualquiera de las cinco hormonas en cuestión para implantes o inyecciones están asimismo envasados en dosis predeterminadas. Los expertos añaden que el carbadox como aditivo en los piensos entraña riesgos adicionales puesto que puede perjudicar a las personas que manipulan los piensos.²³³

231. El cuarto argumento de las Comunidades Europeas es que no se dispone de otras sustancias distintas del carbadox o el olaquinox que tengan los mismos efectos terapéuticos. El Grupo Especial señala que, según uno de los expertos, ya se dispone de otras sustancias como la oxitetraciclina. Según el Canadá, la oxitetraciclina ha sido objeto de una evaluación del riesgo por parte de la OMS y el Codex Alimentarius ha adoptado las ingestas diarias aceptables (IDA) y los NMR recomendados por el JECFA.²³⁴

232. El quinto argumento de las Comunidades Europeas consiste en que no se puede abusar del carbadox puesto que sólo produce efectos de estimulación del crecimiento en los lechones de hasta cuatro meses y que en la Directiva pertinente se establece un período fijo de suspensión de por lo menos 28 días. A su vez, el Grupo Especial señala que, según los expertos que lo asesoraron, no existe

237. Las Comunidades Europeas insisten en que el Grupo Especial cometió varios errores de interpretación jurídica. En primer lugar, el Grupo Especial no tuvo en cuenta el carácter alternativo de los tres elementos de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994, y el hecho de que los tres elementos del párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* tienen un carácter adicional y acumulativo.²⁴⁵ En segundo lugar, el párrafo 2 del artículo III, segunda oración, del GATT de 1994 se refiere a la repercusión de un impuesto en las relaciones de competencia concernientes a productos directamente competidores o que puedan sustituirse directamente entre sí. Por otra parte, la discriminación y la restricción encubierta, en el sentido del párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, son conceptos totalmente diferentes.²⁴⁶ En tercer lugar, como consecuencia de su interpretación del párrafo 5 del artículo 5, "una discriminación o restricción encubierta del comercio internacional" no constituye realmente en absoluto, para el Grupo Especial, un tercer requisito, o un requisito adicional, del párrafo 5 del artículo 5.²⁴⁷

238. Estamos de acuerdo con la opinión del Grupo Especial en el sentido de que "es necesario distinguir esos tres elementos [del párrafo 5 del artículo 5] y analizarlos separadamente".²⁴⁸ También recordamos la interpretación que hemos dado en el sentido de que el párrafo 5 del artículo 5 y, en particular la expresión "una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional", deben leerse en el contexto de las obligaciones básicas contenidas en el párrafo 3 del artículo 2, que dispone: "Las medidas sanitarias ... *no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional*". (sin itálicas en el original)²⁴⁹

239. No obstante, discrepamos con el 0 1 430.32 479.52 Tm/F20 12711 Tf(No) TjETBT0.64 Tm/F20 11 Tf(e)

*Japón - Bebidas alcohólicas*²⁵⁰ con respecto a la inferencia que puede hacerse de la mera cuantía de la diferencia tributaria con respecto a la aplicación del párrafo 2 del artículo III, segunda frase, del GATT de 1994, a la cuestión bastante diferente que se plantea al determinar si diferencias arbitrarias o injustificables en los niveles de protección contra riesgos para la salud de las personas

242. Según el Grupo Especial, la "magnitud" de la diferencia "arbitraria e injustificable"

WT/DS26/AB/R

WT/DS48/AB/R

Página 112

Comunidades Europeas no tienen excedentes internos y respecto del cual es prioritaria la

comercialización en el mercado negro y el contrabando de medicamentos veterinarios prohibidos en las Comunidades Europeas) y la intensa inquietud de los consumidores dentro de las Comunidades Europeas con respecto a la calidad de la carne disponible en el mercado interno y a la ausencia de medicamentos en la misma.²⁵⁷ Un problema importante contemplado en el proceso legislativo de las Comunidades Europeas se

246. En consecuencia, llegamos a la conclusión de que la constatación del Grupo Especial en el sentido de

establecida por las CE es incompatible con el párrafo 2 del artículo 2.²⁶¹ También afirman que el texto de los artículos 2, 3 y 5 no indica que todas las obligaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 2 están subsumidas en los artículos 3 y 5.²⁶² Con respecto al párrafo 6 del artículo 5, los Estados Unidos insisten asimismo en que las constataciones del Grupo Especial con respecto al párrafo 5 del mismo artículo son suficientes para determinar que la prohibición de las importaciones por parte de las CE también es incompatible con el párrafo 6 del artículo 5.²⁶³ Comunicaciones similares fueron presentadas por el Canadá como apelante.²⁶⁴

250. Coincidimos con la aplicación por parte del Grupo Especial del concepto de economía procesal. Hemos confirmado que la conclusión del Grupo Especial en el sentido de que las medidas de las CE son ~~in~~compatibles con el párrafo 1 del artículo 5, habida cuenta de que las Comunidades Europeas no proporcionaron una evaluación de los riesgos que apoyara razonablemente esas medidas. Bajo esas circunstancias, la necesidad o conveniencia de proceder a determinar si el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* también ha sido violado no nos resulta para nada clara. En

WT/DS26/AB/R

WT/DS48/AB/R

Página 116

prescripciones del párrafo 6

- k) revoca la constatación del Grupo Especial de que los términos "se basen en", tal como se utilizan en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, entrañan un "requisito mínimo de procedimiento", en el sentido de que el Miembro que establece una medida sanitaria o fitosanitaria ha de presentar pruebas de que tuvo en cuenta efectivamente una evaluación del riesgo cuando estableció o mantuvo la medida;

- l) confirma la constatación del Grupo Especial de que las medidas de las CE en cuestión son incompatibles con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, pero modifica la interpretación del Grupo Especial declarando que el párrafo 1 del artículo 5, leído _____

Firmado en el original, en Ginebra, el quinto día de enero de 1998 por:

Florentino Feliciano
Presidente de la Sección

Claus-Dieter Ehlermann
Miembro

Mitsuo Matsushita
Miembro