

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

	<u>Página</u>
IX. Algunos procedimientos adoptados por el Grupo Especial	66
A. <i>Selección y empleo de expertos</i>	66
B. <i>Derechos de terceros adicionales para los Estados Unidos y el Canadá</i>	67
C. <i>Diferencia entre alegaciones jurídicas y argumentos</i>	71
X. Interpretación de los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del <i>Acuerdo MSF</i>	72
A. <i>El significado de la expresión "basadas en" utilizada en el párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo MSF</i>	73
B. <i>Relación entre los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF</i>	77
C. <i>Las prescripciones del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF</i>	78
XI. La interpretación de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i> : las medidas sanitarias y fitosanitarias se han de basar en la evaluación del riesgo	81
A. <i>La interpretación de la "evaluación del riesgo"</i>	81
1. La evaluación del riesgo y la noción de "riesgo"	82
2. Factores que se han de tomar en consideración al realizar una evaluación del riesgo	84
B. <i>La interpretación de "se basen en"</i>	85
1. ¿Existe un "requisito mínimo de procedimiento" en el párrafo 1 del artículo 5?	85
2. Requisitos sustantivos del párrafo 1 del artículo 5 - Relación racional entre una medida sanitaria o fitosanitaria y una evaluación del riesgo	87
XII. La interpretación del párrafo 5 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i> : Coherencia de los niveles de protección y discriminación o restricción encubierta resultante en el comercio internacional	96
A. <i>Consideraciones generales: los elementos del párrafo 5 del artículo 5</i>	97
B. <i>Niveles diferentes de protección en situaciones distintas</i>	98
C. <i>Diferencias Arbitrarias o Injustificables en los Niveles de Protección</i>	100
D. <i>Distinción que tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional</i>	108
XIII. Apelaciones presentadas por los Estados Unidos y el Canadá: párrafo 2 del artículo 2 y párrafo 6 del artículo 5 del <i>Acuerdo MSF</i>	114
XIV. Constataciones y conclusiones	116

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)*.¹ Estos dos informes, distribuidos a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio ("OMC") el 18 de agosto de 1997, fueron elaborados por dos Grupos Especiales integrados por las tres mismas personas.² Los informes son similares, pero no son idénticos en todos los aspectos. El Grupo Especial que se ocupó de la reclamación presentada por los Estados Unidos fue establecido por el Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") el 20 de mayo de 1996. El 16 de octubre de 1996, el OSD estableció el Grupo Especial que se ocupó de la reclamación presentada por el Canadá. Las Comunidades Europeas y el Canadá convinieron, el 4 de noviembre de 1996, en que la composición de este último Grupo Especial sería idéntica a la composición del Grupo Especial establecido a petición de los Estados Unidos.

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 que tuviesen efectos hormonales y sustancias que tuviesen efectos tireostáticos. También prohibía el envío al mercado europeo de carne y productos cárnicos, tanto de producción nacional como importados, procedentes de animales de explotación a los que se hubiesen administrado dichas sustancias. Establecía dos excepciones a la prohibición. Una de ellas se aplicaba a las sustancias con efectos estrógenos, andrógenos o gestágenos cuando se utilizaran con fines terapéuticos o de zootecnia y fuesen administrados por un veterinario o bajo la responsabilidad de un veterinario. La segunda excepción se relacionaba con las tres hormonas naturales (estradiol - 17 , progesterona y testosterona) y las dos hormonas sintéticas (acetato de trembolona y zeranol) utilizadas con el propósito de estimular el crecimiento en caso de que estuviesen permitidas con arreglo a los regímenes reglamentarios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea ("CEE"), y se aplicaba en espera de que se realizase un examen detallado de los efectos de esas sustancias y la CEE pudiese adoptar una decisión sobre la utilización de las mismas para estimular el crecimiento. La sexta hormona involucrada en esta apelación, el MGA, no estaba incluida en la segunda excepción; estaba comprendida en la prohibición general aplicable a las sustancias con un efecto hormonal o tireostático.

³Diario Oficial, N° L 222, 7 de agosto de 1981, página 32.

⁴Diario Oficial, N° L 70, 16 de marzo de 1988, página 16.

⁵Diario Oficial, N° L 128, 21 de mayo de 1988, página 36.

4. Siete años más tarde⁶, se adoptó la Directiva 88/146, que prohibía la administración a los animales de explotación de las hormonas sintéticas acetato de trembolona y zeranol, con cualquier fin, así como la administración de las hormonas naturales estradiol - 17 , progesterona y testosterona para estimular el crecimiento o con fines de engorde. Esta Directiva permitía a los Estados miembros de la CEE autorizar, en condiciones determinadas, la administración de esas tres hormonas naturales con propósitos terapéuticos y zootécnicos. La Directiva 88/146 prohibía expresamente tanto el comercio intracomunitario como la importación de terceros países de carne y productos cárnicos obtenidos de animales a los cuales se hubiesen administrado sustancias con efectos estrógenos, andrógenos y gestágenos o tireostáticos. El comercio de carne y productos cárnicos procedentes de animales tratados con las mencionadas sustancias con fines terapéuticos o zootécnicos estaba autorizado sólo en ciertas condiciones. Esas condiciones fueron establecidas en la Directiva 88/299.

5. En vigor a partir del 1º de julio de 1997, las Directivas 81/602, 88/146 y 88/299 fueron derogadas y reemplazadas por la Directiva del Consejo 96/22/CE, de 29 de abril de 1996, ("Directiva 96/22").⁷ Esa Directiva mantiene la prohibición de administrar a los animales de explotación sustancias con efecto hormonal o tireostático. Como las Directivas aplicadas anteriormente, esta Directiva prohibía la puesta en el mercado, o la importación de terceros países, de carne y productos cárnicos de animales a los que se hubiesen administrado esas sustancias, con inclusión de las seis hormonas involucradas en esta diferencia. La Directiva también continúa permitiendo a los Estados miembros que autoricen la administración, con fines terapéuticos o zootécnicos, de ciertas sustancias de efecto hormonal o tireostático. En determinadas condiciones, la Directiva 96/22 autoriza la puesta en el mercado, y la importación de terceros países, de carne y productos cárnicos de animales a los que se hubiesen administrado esas sustancias con fines terapéuticos y zootécnicos.

⁶Cabe señalar que el 31 de diciembre de 1985 el Consejo de Ministros adoptó la Directiva 85/649/CEE por la que prohibía la utilización de ciertas sustancias de efecto hormonal en el sector animal, Diario Oficial, N° L 382, 31 de diciembre de 1985, página 228. Esta Directiva prohibía la utilización de todas las hormonas (excepto el MGA, cuyo uso había sido prohibido anteriormente) con el propósito de estimular el crecimiento establecía disposiciones más detalladas con respecto a los usos terapéuticos autorizados. La Directiva fue impugnada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que la declaró inválida por razones de procedimiento en su sentencia de 23 de febrero de 1988, [1988] E.C.R. 855. Poco después, la Comisión Europea presentó al Consejo una propuesta de una Directiva sustancialmente idéntica que el Consejo adoptó el 7 de marzo de 1988 como Directiva 88/146/CEE.

⁷Diario Oficial, N° L 125, 23 de mayo de 1996, página 3.

6. El Grupo Especial distribuyó sus informes a los Miembros de la OMC el 18 de agosto de 1997. El informe del Grupo Especial - Estados Unidos y el informe del Grupo Especial - Canadá contienen las mismas conclusiones en el párrafo 9.1, a saber:

i) Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no se basan en una evaluación del riesgo, han actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

ii) Las Comunidades Europeas, al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que consideran adecuados en diferentes situaciones, que tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, han actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

iii) Las Comunidades Europeas, al mantener medidas sanitarias que no están basadas en normas internacionales existentes sin que ello esté justificado al amparo del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, han actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 3 de dicho Acuerdo.

En ambos informes, el Grupo Especial recomendó, en el párrafo 9.2, lo siguiente:

"... que el Órgano de Solución de Diferencias pida a las Comunidades Europeas que pongan sus medidas en conformidad con las obligaciones que les impone el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias."

7. El 24 de septiembre de 1997, las Comunidades Europeas notificaron al OSD su decisión de apelar con respecto a ciertas cuestiones de derecho abordadas en los informes de los Grupos Especiales y determinadas interpretaciones jurídicas hechas por esos Grupos Especiales, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD"), y presentó dos anuncios de apelación al Órgano de Apelación de conformidad con la regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en Apelación* (los "*Procedimientos de trabajo*").⁸ Con arreglo a la regla 21 de los *Procedimientos de trabajo*, las Comunidades Europeas presentaron una comunicación del apelante el 6 de octubre de 1997. El 9 de octubre del mismo año, los Estados Unidos y el Canadá presentaron comunicaciones de apelantes de conformidad con el párrafo 1 de la regla 23 de los *Procedimientos de trabajo*. El 20 de octubre de 1997, los Estados Unidos y el Canadá presentaron sus respectivas comunicaciones del apelado, de conformidad con la regla 22 de los *Procedimientos de trabajo*, y las Comunidades Europeas presentaron su propia comunicación del apelado, de conformidad con el párrafo 3 de la regla 23 de dichos *Procedimientos*.

⁸WT/DS26/9, 25 de septiembre de 1997, y WT/DS48/7, 25 de septiembre de 1997.

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 MSF* incumbe al Miembro que impone una medida.⁹ Según las Comunidades Europeas, ninguna de las consideraciones generales invocadas por el Grupo Especial apoya la opinión de que deberían aplicarse normas especiales sobre la carga de la prueba en los procedimientos relativos al *Acuerdo MSF*.

11. En lo referente a la asignación de la carga de la prueba en el marco del párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas discrepan con la constatación del Grupo Especial en el sentido de que el párrafo 3 del artículo 3 establece una excepción a la obligación de carácter general, contenida en el párrafo 1 de dicho artículo, de basar las medidas en normas internacionales, y que,

⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.52-8.54; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.55-8.57.

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 estimulador del crecimiento, pero se habían negado a proporcionar testimonios e información científicos alegando que sus estudios eran información de dominio privado y de carácter confidencial. Las Comunidades Europeas estiman que el Grupo Especial ha incurrido fundamentalmente en error de derecho al admitir la negativa del Canadá y de los Estados Unidos de presentar todos los estudios disponibles.

2. Norma de examen

13. Las Comunidades Europea aducen que el Grupo Especial incurrió en error de derecho¹² al no otorgar deferencia a los siguientes aspectos de las medidas de las CE: en primer lugar, la decisión de las Comunidades Europeas de establecer y aplicar un nivel de protección sanitaria superior al recomendado por el Codex Alimentarius (el "Codex") para los riesgos resultantes del uso de hormonas utilizadas con el propósito de estimular el crecimiento; en segundo lugar, la evaluación científica y

¹⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.86; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.89.

¹¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.253; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.256.

¹²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.124, 8.127, 8.133, 8.134, 8.145, 8.146, 8.194, 8.199, 8.213 y 8.255; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.127, 8.130, 8.136, 8.137, 8.148, 8.149, 8.197, 8.202, 8.216 y 8.258.

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 examinar la decisión de un Miembro de adoptar determinada política en materia científica o la determinación de un Miembro en el sentido de que determinada inferencia de los datos disponibles es científicamente plausible. Para las Comunidades Europeas, en este caso, el Grupo Especial impuso su propia evaluación de los testimonios científicos.

15. Las Comunidades Europeas afirman que varios informes de grupos especiales establecidos en el marco del GATT de 1947 rechazaron una norma de examen *de novo* en relación con la constatación de los hechos¹³, y que este enfoque ha sido mantenido por grupos especiales establecidos en el marco del ESD.¹⁴ La "norma de examen de una deferencia razonable" había encontrado expresión en el *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*¹⁵ (el "*Acuerdo sobre la OMC*") en el párrafo 6 del artículo 17 del *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (el "*Acuerdo Antidumping*"). Las Comunidades Europeas consideran que el principio de deferencia razonable es aplicable en todas las situaciones fácticas sumamente complejas, incluida la evaluación de los riesgos para la salud humana resultante de toxinas

¹³Las Comunidades Europeas se refieren a los informes de los Grupos Especiales siguientes: *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.

y contaminantes y que, en consecuencia, el Grupo Especial aplicó una norma de examen inadecuada en el caso que se examina.

3. El principio de cautela

16. Las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial incurrió en error de derecho al considerar que el principio de cautela solamente era aplicable a las "medidas provisionales" en virtud del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.¹⁶ El principio de cautela constituye actualmente, a juicio de las Comunidades Europeas, una norma consuetudinaria general del derecho internacional o, por lo menos, un principio general del derecho, cuya esencia reside en que se aplica no solamente en la gestión del riesgo, sino también en la evaluación del mismo. Por consiguiente, alegan que el Grupo Especial incurrió en error al indicar que la aplicación del principio de cautela "no puede prevalecer sobre el texto de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*", y al sugerir que ese principio podría estar en conflicto con esas disposiciones. Las Comunidades Europeas afirman que los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y el anexo A.4 del *Acuerdo MSF* no prescriben un tipo particular de evaluación del riesgo, sino que se limitan a identificar los factores que deben tenerse en cuenta. Por lo tanto, estas disposiciones no impiden a los Miembros proceder con cautela al establecer normas sanitarias cuando se encuentran frente a una información científica contradictoria y a una situación de incertidumbre.

4. Evaluación objetiva de los hechos

17. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial no efectuó una evaluación objetiva de los hechos y que, en consecuencia, no cumplió sus obligaciones dimanantes del artículo 11 del ESD. El Grupo Especial, alegan, desestimó o distorsionó los testimonios con respecto tanto al MGA como a las otras cinco hormonas en cuestión presentadas por los expertos consultados por el Grupo Especial, así como los testimonios científicos presentados por las Comunidades Europeas. En apoyo de esta afirmación, las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial ha distorsionado manifiestamente las opiniones tanto del Dr. Lucier¹⁷ como del Dr. André.¹⁸ Según las Comunidades Europeas, en contra

¹⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.157 y 8.158; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.160 y 8.161.

¹⁷Véase, en particular, Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, nota de pie de página 331; Informe del Grupo Especial - Canadá, nota de pie de página 437.

¹⁸Véase, en particular, Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, nota de pie de página 348; Informe del Grupo Especial - Canadá, nota de pie de página 455.

de lo constatado por el Grupo Especial, los testimonios presentados al Grupo Especial por la mayoría de sus propios expertos científicos indicaban que existía un riesgo real de efectos perjudiciales resultantes de la utilización de las hormonas en cuestión. También alegan que el Grupo Especial distorsionó manifiestamente los testimonios científicos al considerar que la Conferencia Científica de las Comunidades Europeas de 1995 sobre el Estímulo del Crecimiento en la Producción de Carne ("la Conferencia de las CE de 1995") equivalía a una evaluación de los riesgos en el sentido de los párrafos 1 y 2 del artículo 5. La distinción efectuada por el Grupo Especial entre estudios de carácter general sobre los riesgos para la salud asociados con las hormonas y los estudios específicos sobre los riesgos para la salud de los residuos en los alimentos de las hormonas utilizadas para estimular el crecimiento fue, a juicio de las Comunidades Europeas, concebida por el Grupo Especial con la única finalidad de poder llegar a la conclusión de que las Monografías del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer ("CIIC")¹⁹ no eran pertinentes como una evaluación de los riesgos en este caso. Esto, alegan las Comunidades Europeas, equivale a una distorsión de los testimonios científicos pertinentes. Las Comunidades Europeas también alegan que el Grupo Especial infringió el artículo 11 del ESD al desestimar varios artículos y opiniones de científicos invocados por las Comunidades Europeas.

18. Con respecto a los problemas relativos al control del uso correcto de las hormonas, las Comunidades Europeas alegan que presentaron testimonios científicos convincentes al Grupo Especial, pero que éste no los tuvo en cuenta o no los resumió correctamente en su informe. Por último alegan que el Grupo Especial hizo caso omiso de los argumentos expuestos por las Comunidades Europeas con respecto a los motivos por los que las situaciones comparadas por el Grupo Especial en virtud del párrafo 5 del artículo 5 no eran comparables. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial, al rechazar las seis razones aducidas por las Comunidades Europeas para explicar por qué la distinción entre el nivel de protección sanitaria aplicado al carbadox y al olaquinox, por una parte, y el aplicado a las hormonas en cuestión en la presente diferencia, por otra, no es arbitraria ni injustificable, no tuvo en cuenta los testimonios que tenía ante sí.

5. Aplicación temporal del Acuerdo MSF

19. Las Comunidades Europeas declaran que la conclusión del Grupo Especial en el sentido de que el Acuerdo MSF se aplica a las medidas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicho

¹⁹Las Monografías de 1987 del CIIC sobre la evaluación de los riesgos carcinogénicos para las personas, suplemento 7 ("Monografías del CIIC de 1987").

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 proporcionen un "nivel de protección sanitaria ... más elevado" que el que proporcionarían las medidas "basadas en" las recomendaciones del Codex. Como se indicó supra²², las Comunidades Europeas están decididamente convencidas de que estas tres opciones tienen el mismo valor y que el párrafo 3 del artículo 3 no puede calificarse de excepción al párrafo 1 de dicho artículo. Por lo tanto las Comunidades Europeas objetan la interpretación del Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 3 y las conclusiones con respecto a dicho párrafo.

7. Párrafo 3 del artículo 3

23. Las Comunidades Europeas sostienen que la constatación del Grupo Especial en el sentido de que, con independencia de cualquier diferencia que pueda haber entre las dos excepciones contenidas en el párrafo 3 del artículo 3, una medida sanitaria sólo puede ampararse en esta disposición si es compatible con las prescripciones del artículo 5²³, reduce de hecho las dos condiciones alternativas contenidas en la primera oración del párrafo 3 del artículo 3 a una "mera repetición". Según las Comunidades Europeas, el párrafo 3 del artículo 3 define el concepto de la primera condición ("justificación científica") en la nota de pie de página al mismo sin hacer una referencia directa al artículo 5, párrafos 1 a 8, como lo hace con respecto a la segunda condición (como consecuencia de que haya elegido un nivel de protección más elevado). La falta en la nota de pie de página al párrafo 3 del artículo 3 de un texto que se remita a los párrafos 1 a 8 del artículo 5 constituye por sí sola una indicación suficiente de la intención de los redactores de limitar la aplicación del artículo 5 en el caso de la primera condición. Por lo tanto, las Comunidades Europeas afirman, que el sentido corriente y la estructura del párrafo 3 del artículo 3 implican que las prescripciones del artículo 5 con respecto a la evaluación de los riesgos solamente son aplicables en el caso de la segunda de estas dos condiciones alternativas.

²²Párrafo 11 del presente Informe.

²³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.83; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.86.

8. Párrafo 1 del artículo 5

24. Las Comunidades Europeas objetan la constatación del Grupo Especial en el sentido de que el párrafo 1 del artículo 5 requiere al Miembro que establece una medida sanitaria o fitosanitaria que presente pruebas de que "tuvo en cuenta" una evaluación del riesgo cuando estableció o mantuvo la medida²⁴, dado que ni el sentido corriente de los términos "se basen en", en el contexto de éstos, ni el objeto y fin del artículo 5, sugieren que el párrafo 1 de dicho artículo establece "requisitos mínimos de procedimiento".

25. Las Comunidades Europeas sostienen que exigir una prueba concreta en el preámbulo de las Directivas de las CE o alguna otra prueba, de que las Comunidades Europeas tuvieron en cuenta efectivamente los estudios científicos al establecer o mantener las medidas de que se trata, es irrazonable y arbitrario y va contra el objeto y el fin del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. No hay ningún fundamento jurídico que sustente la interpretación del Grupo Especial de que la evaluación de los riesgos no puede estar en curso y, en consecuencia, no hay ninguna razón para circunscribir la evaluación de los riesgos a las "pruebas anteriores". Las Comunidades Europeas afirman que constituye un objetivo legítimo del *Acuerdo MSF* proporcionar una oportunidad a los Miembros potencialmente afectados de presentar testimonios científicos pertinentes a determinadas medidas, y de asegurar la consideración de los mismos por el Miembro que adopte la medida sanitaria o fitosanitaria. En consecuencia, las Comunidades Europeas sostienen que todas las partes y terceros deberían tener el derecho de presentar "nuevas" pruebas pertinentes al Grupo Especial.

26. Con respecto a las constataciones del Grupo Especial sobre la compatibilidad de la prohibición de las importaciones con las prescripciones de fondo del párrafo 1 del artículo 5, las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 5 en seis aspectos distintos. En primer lugar, el Grupo Especial no distinguió correctamente entre los estudios que se ocupan concretamente de las hormonas utilizadas con el propósito de estimular el crecimiento, tales como el Informe de 1982 del Comité Científico Veterinario de las CE²⁵ ("Informe

²⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.113; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.116.

²⁵Informe de 1982 del Comité Científico Veterinario de las CE, el Comité Científico sobre Nutrición Animal y el Comité Científico sobre Productos Alimenticios, basado en el Informe del Grupo Científico de Trabajo sobre los Agentes Anabólicos en la Producción Pecuaria.

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 cuenta. Los "testimonios científicos existentes", mencionados en el párrafo 2 del artículo 5, incluyen tanto los puntos de vista científicos sostenidos en general o en forma mayoritaria como las opiniones científicas minoritarias o discrepantes (a menudo expresadas por primera vez por científicos individualmente). Las Comunidades Europeas también objetan la constatación del Grupo Especial en el sentido de que los informes del Parlamento Europeo tienen un "carácter no científico"²⁸, y afirman que esta constatación es evidentemente errónea, sin duda por lo que respecta al denominado Informe Pimenta.²⁹

28. En tercer lugar, la interpretación del Grupo Especial de que los términos "se basen en", en el sentido en que se los utiliza en el párrafo 1 del artículo 5, significan "en conformidad con" es

²⁶Evaluación de ciertos residuos de fármacos de uso veterinario: 32º Informe del Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios, Serie de Informes Técnicos 763 (Organización Mundial de la Salud, 1988); y la Evaluación de ciertos residuos de fármacos de uso veterinario en los alimentos: 34º Informe del Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios, Serie de Informes Técnicos 788 (Organización Mundial de la Salud, 1989).

²⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.127 y 8.130; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.130 y 8.133.

²⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.109; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.112.

²⁹Parlamento Europeo, documentos de sesión, Informe elaborado en nombre de la Comisión de Investigación de los problemas de calidad en el sector de la carne, Relator: Sr. Carlos Pimenta, documento A2-11/891/PARTS A-B, marzo de 1989 ("Informe Pimenta").

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 daño o efectos perjudiciales y, en consecuencia, la mera posibilidad de que se plantee un riesgo es suficiente a los efectos de los párrafos 1 y 2 del artículo 5. Un riesgo evaluado como uno en un millón constituye justificación suficiente. Si existe la posibilidad de efectos perjudiciales (no importa cuán reducidos), entonces, según las Comunidades Europeas, hay riesgo. El concepto de riesgo en el *Acuerdo MSF* es un concepto cualitativo, no cuantitativo. Cualquier aumento identificado del cáncer (cualitativo o cuantitativo) puede ser suficiente para constituir un riesgo contra el cual los Miembros de la OMC están facultados a proteger a su población.

30. En quinto lugar, las Comunidades Europeas objetan la constatación del Grupo Especial en el sentido de que el problema del control no tiene importancia para la evaluación de los riesgos³² pues la consideran contraria al sentido común y al texto expreso del párrafo 2 del artículo 5, y como lo aclara el anexo C del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas también señalan que la condición "de acuerdo con las buenas prácticas veterinarias" forma parte de la recomendación del Codex, y que el control efectivo es necesario para asegurar que las hormonas objeto de examen sean administradas de acuerdo con una buena práctica. La evaluación de cualquier riesgo potencial resultante de la falta de observancia de una buena práctica constituye parte inherente de la práctica de evaluación de los riesgos. Además, correspondía a las Comunidades Europeas, y no al Grupo Especial, determinar si

³⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.117; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.120.

³¹Como se refleja en el párrafo 8.124 del Informe del Grupo Especial - Estados Unidos y en el párrafo 8.127 del Informe del Grupo Especial - Canadá.

³²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.146; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.149.

las medidas de control de un Miembro exportador eran adecuadas para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria de las CE. El Grupo Especial no había tomado en consideración los argumentos de las CE con respecto a las dificultades prácticas y técnicas inherentes al control de las hormonas en cuestión. Las Comunidades Europeas también se oponen a la conclusión a la que llegó el Grupo Especial, considerándola un error de derecho, de que la prohibición de utilizar una sustancia no tiene por qué brindar una protección mayor a la salud humana que otras formas de reglamentar simplemente su utilización.

31. Por último, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial estaba evidentemente equivocado al constatar que la evaluación del riesgo debe llevarse a cabo respecto de cada sustancia concreta.³³ No hay ninguna disposición en el *Acuerdo MSF*, y en particular en los párrafos 1 y 2 del artículo 5, que requiera una evaluación del riesgo "respecto de cada sustancia concreta". A juicio de las Comunidades Europeas, nada impide que sean objeto de evaluación conjuntamente clases o categorías de sustancias si ello se justifica científicamente.

9. Párrafo 5 del artículo 5

32. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 5 del artículo 5. Con respecto al primer elemento, a saber, la existencia de distintos niveles de protección en diferentes situaciones, el Grupo Especial interpretó erróneamente el párrafo 5 del artículo 5 al sostener que a los efectos de esa disposición las situaciones en las que se trate del mismo riesgo para la salud o de la misma sustancia son situaciones comparables.³⁴ Las Comunidades Europeas sostienen que no corresponde comparar el nivel de protección relativo a las hormonas utilizadas con el propósito de estimular el crecimiento con el nivel de protección relativo a las hormonas que se producen naturalmente. La ciencia y las prácticas reglamentarias de los Miembros no tratan de la misma manera los riesgos producidos por el hombre, tales como los riesgos creados por las hormonas utilizadas para estimular el crecimiento, y los riesgos producidos naturalmente, tales como aquellos resultantes de la presencia de hormonas en la carne, la leche, la col o el brécol. El *Acuerdo MSF* solamente se aplica a los riesgos creados por el hombre, porque las hormonas que se producen naturalmente en la carne y otros productos alimenticios no constituyen "contaminantes y toxinas" en el sentido del

³³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.257; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.260.

³⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.176; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.179.

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 segundo elemento del párrafo 5 del artículo 5, es decir, el carácter arbitrario e injustificable de las distinciones en los niveles de protección, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial ha supuesto erróneamente que los únicos factores pertinentes para determinar en qué consiste una distinción arbitraria o injustificable son factores "científicos". Hay otros factores, tales como la percepción del público de aquello que es peligroso y de cuál es el nivel de riesgo aceptable, y el beneficio, en su caso, que puede obtenerse al asumir un riesgo, que también deben tenerse presentes. Además, las Comunidades Europeas aducen que, en contra de lo constatado por el Grupo Especial³⁶, la distinción entre el nivel de protección adoptado con respecto a las hormonas en cuestión cuando se utilizan para estimular el crecimiento y el nivel de protección adoptado con respecto al carbadox y al olaquinox no es arbitrario ni injustificable.

34. En cuanto al tercer elemento del párrafo 5 del artículo 5, a saber, una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional resultante de la diferencia en los niveles de protección, las Comunidades Europeas se oponen a la constatación del Grupo Especial en el sentido de que era suficiente demostrar "la magnitud de la diferencia en los niveles de protección, unida a su carácter arbitrario".³⁷ En el párrafo 5 del artículo 5 la resultante "discriminación o restricción encubierta del comercio internacional" constituye un elemento adicional, además de las distinciones arbitrarias injustificables en los niveles de protección que el Miembro considere adecuados. Las Comunidades Europeas no consideran que el enfoque seguido por el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*³⁸ ("*Japón - Bebidas Alcohólicas*"), e invocado por el Grupo

³⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.191 y 8.212; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.194 y 8.215.

³⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.226; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.229.

³⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.184; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.187.

³⁸WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996.

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 cometió un error de procedimiento jurídico al rehusarse aceptar las evaluaciones científicas de las Comunidades Europeas, negándose a establecer un grupo consultivo de expertos y procediendo a decidir por sí mismo una cuestión científica sobre la que no tenía conocimientos especializados. La decisión del Grupo Especial de recabar una serie de opiniones de diversos expertos⁴⁰ privó a las Comunidades Europeas de las garantías procesales previstas en relación con los grupos consultivos de expertos en el ESD. Al proceder de esa forma, el Grupo Especial se puso asimismo en la posición de elegir libremente entre diferentes opiniones científicas. Las Comunidades Europeas sostienen que la selección de expertos científicos por el Grupo Especial infringió el artículo 11, el párrafo 2 del artículo 13 y el apéndice 4 del ESD, así como el párrafo 2 del artículo 13 del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas objetan la selección de dos expertos alegando que uno de ellos era nacional de una de las partes o de un tercero y mantenía vinculaciones con la industria farmacéutica, mientras que el otro era un miembro del grupo Codex/JECFA, que había preparado el informe sobre la utilización de hormonas para estimular el crecimiento animal y era el "relator" de ese estudio. Además, según las Comunidades Europeas, estos dos expertos carecían de especialización en la materia.

38. Las Comunidades Europeas también alegan que el Grupo Especial procedió en forma equivocada al negarse a solicitar al Canadá y a los Estados Unidos que proporcionaran los estudios sobre los cuales sus autoridades habían basado las decisiones de autorizar la utilización del MGA para el estímulo del crecimiento. A juicio de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial tenía la obligación de llevar a cabo una evaluación objetiva de los hechos, y al abstenerse de solicitar a los demandantes que presentaran las pruebas en las que habían basado sus propias decisiones internas actuaba en forma incompatible con esta obligación. Por otra parte, el párrafo 2 del artículo 18 del ESD proporciona salvaguardias para la protección de la información confidencial. En consecuencia, el carácter presuntamente confidencial de la información sobre el MGA no debería haber sido un obstáculo para la presentación y utilización de esa información en el procedimiento. Las Comunidades Europeas también afirman que el Grupo Especial basó la parte principal de su razonamiento con respecto al párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en una reclamación que los reclamantes *no* habían hecho, a saber, que había una diferencia de trato entre las hormonas administradas artificialmente, o exógenas, las hormonas

³⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.14-8.15; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.18-8.19.

⁴⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.7; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.7.

naturales y sintéticas cuando se utilizaban con el objeto de estimular el crecimiento y las hormonas endógenas, presentes naturalmente en la carne no tratada y en otros alimentos no tratados (tales como leche, coles, brécoles o huevos). A juicio de las Comunidades Europeas, no solamente esta "alegación" es errónea de hecho y de derecho, sino que al apoyarse en ella, el Grupo Especial también infringe el ESD, especialmente teniendo en cuenta que los Estados Unidos protestaron expresamente contra la utilización por parte del Grupo Especial de una "alegación" de ese tipo. Las Comunidades Europeas afirman que los Grupos Especiales no están facultados para hacer constataciones que vayan más allá de lo que hayan solicitado las partes.

39. Las Comunidades Europeas sostienen además que el Grupo Especial adoptó varias decisiones por las que concedieron "derechos ampliados de participación como terceros" al Canadá y a los Estados Unidos -y no a otros terceros- y ello no puede expresarse en el párrafo 3 del artículo 9 y es contrario a los párrafos 1 y 2 del artículo 7, 2 del artículo 18 y 3 del artículo 10 del ESD, así como al mandato del Grupo Especial. Las decisiones fueron las siguientes: en primer lugar, dar acceso al Canadá a toda la información presentada en el procedimiento sobre la reclamación de los Estados Unidos; en segundo lugar, dar acceso a los Estados Unidos a toda la información presentada en el procedimiento sobre la reclamación del Canadá; en tercer lugar, celebrar una reunión conjunta con los expertos científicos; y en cuarto lugar, invitar a los Estados Unidos a presenciar como observador y formular una declaración en la segunda reunión sustantiva en el procedimiento iniciado por el Canadá.

B. *Argumentos de los Estados Unidos - Apelado*

1. Carga de la prueba

40. Con respecto a la asignación de la carga de la prueba en el marco del párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, los Estados Unidos se remiten al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - camisas y blusas*⁴¹ y alegan que, como el artículo XX y el inciso i) del apartado c) del párrafo 2 del artículo XI del GATT de 1994, el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* no constituye una norma positiva que establezca una obligación por sí misma. Tiene, en cambio, el carácter de una defensa afirmativa y, en consecuencia, el Grupo Especial procedió correctamente al constatar que, con arreglo al párrafo 3 del artículo 3, la carga de la prueba corresponde al demandado. En cuanto a la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, los Estados Unidos

⁴¹Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, páginas 16 y 18.

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 a las circunstancias, de los riesgos existentes para la vida y la salud de las personas. Esta determinación no requiere que un grupo especial realice su propia evaluación del riesgo o imponga su propio juicio con respecto a los riesgos, sino que basta con que determine si la medida "se basa en" una evaluación de los riesgos. Según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 un grupo especial no debe determinar si habría llegado a una conclusión diferente "basándose en" los testimonios, sino más bien si los testimonios científicos presentados por el Miembro que mantiene la medida son "suficientes" para justificarla. Los Estados Unidos consideran que en este sentido las Comunidades Europeas tienen razón al asegurar que no es necesario que un grupo especial realice un examen *de novo* del fundamento científico de la medida.

42. Los Estados Unidos alegan, sin embargo, que ninguna disposición del *Acuerdo MSF* o del *Acuerdo sobre la OMC* estipula que un Grupo Especial deba adoptar una actitud deferente ante el Miembro que mantiene la medida fitosanitaria. Al examinar medidas en el marco del *Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido*, que al igual que el *Acuerdo MSF* no prevé una norma especial de examen, dos grupos especiales anteriores decidieron que no sería apropiado aplicar una norma de examen *de novo* ni aceptar con una deferencia indebida las decisiones administrativas de las autoridades nacionales.⁴² Los Estados Unidos advierten que los informes de los grupos especiales del GATT, citados por las Comunidades Europeas, sobre diferencias relativas a medidas antidumping y compensatorias no prueban la existencia de una norma deferente de examen en el *Acuerdo MSF*. Esos informes de grupos especiales del GATT trataban situaciones en que las autoridades nacionales habían tomado medidas antidumping o compensatorias acordes con una minuciosa legislación nacional y con los procedimientos impuestos

⁴²Los Estados Unidos se refieren a los siguientes informes de grupos especiales: *Estados Unidos - Ropa interior*, adoptado el 25 de febrero de 1997, WT/DS/24/R y *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS/33/R.

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 adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias aun cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes. Por lo tanto, los Estados Unidos consideran que no hay necesidad de invocar un "principio de cautela" para ser contrarios a la existencia de riesgos, ya que el *Acuerdo MSF* reconoce en su texto la discreción de los Miembros de determinar su propio nivel de protección sanitaria. Las Comunidades Europeas no explican cómo el "principio de cautela" afecta al requisito contenido en el *Acuerdo MSF* de que una medida "se base en" principios científicos y en una evaluación del riesgo y no se mantenga sin testimonios científicos suficientes. La invocación de un "principio de cautela" por las CE no puede crear una evaluación del riesgo donde no existe ninguna ni puede un "principio" crear "testimonios científicos suficientes" donde no existe ninguno.

4. Evaluación objetiva de los hechos

44. Según los Estados Unidos las Comunidades Europeas han solicitado incorrectamente al Órgano de Apelación que examine las conclusiones fácticas del Grupo Especial para determinar si eran "insatisfactorias" o "no objetivas" y, por lo tanto, incompatibles con las disposiciones del artículo 11 del ESD. Los Estados Unidos afirman que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 6 del artículo 17 del ESD, las conclusiones sobre cuestiones de hecho exceden claramente la competencia de examen del Órgano de Apelación. Además, los Estados Unidos afirman que las Comunidades

Europeas no han demostrado la existencia de influencias indebidas ni de un conflicto de intereses que justificaran analizar la objetividad del Grupo Especial.

5. Aplicación temporal del Acuerdo MSF

45. Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas no han interpretado correctamente el *Acuerdo MSF* cuando afirman que los párrafos 1 a 5 del artículo 5 no se aplican a las medidas fitosanitarias adoptadas antes de que entrara en vigor dicho Acuerdo. Esta afirmación no encuentra fundamento en el texto, el contexto, ni los antecedentes de negociación del *Acuerdo MSF*. En opinión de los Estados Unidos, de aceptarse la posición de las Comunidades Europeas se crearía una amplia excepción a las normas del *Acuerdo MSF*.

6. Párrafo 1 del artículo 3

46. Según los Estados Unidos, como las medidas de las CE no están "basadas en" las normas del Codex, incluso en la interpretación amplia propuesta por las Comunidades Europeas, no hay necesidad de que el Órgano de Apelación se ocupe de la presunta diferencia entre medidas "basadas en" normas internacionales y medidas que "estén en conformidad con" normas internacionales. Los Estados Unidos reconocen que el artículo 3 del *Acuerdo MSF* utiliza dos expresiones diferentes en sus párrafos 1 y 2, pero sugiere que la posible importancia práctica de una diferencia teórica entre estos dos términos es una cuestión que debería tratarse en otro asunto.

7. Párrafo 3 del artículo 3

47. Los Estados Unidos consideran que las Comunidades Europeas han errado al alegar que su prohibición no necesita "estar basada en" una evaluación del riesgo de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 5 para ser admisible como medida con una "justificación científica" que permita apartarse de una norma internacional en los términos del párrafo 3 del artículo 3. Una evaluación del riesgo aporta el necesario "examen y evaluación de la información científica disponible" exigido en la nota a pie de página del párrafo 3 del artículo 3. Las Comunidades Europeas no han explicado por qué "las disposiciones pertinentes" del *Acuerdo MSF* mencionadas en dicha nota a pie de página no incluyen el párrafo 1 del artículo 5. La nota a pie de página del párrafo 3 del artículo 3 incluye la definición de "evaluación del riesgo" contenida en el Anexo A del *Acuerdo MSF*. Según los Estados Unidos, el hecho de que los párrafos 1 y 2 del artículo 5 se refieran a la realización de una evaluación

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 del riesgo o nunca ha considerado la evaluación del riesgo al dictar o mantener la medida. Además, no debe interpretarse que el informe del Grupo Especial impone un requisito rígido que sólo se cumple mencionando la evaluación del riesgo en el preámbulo de la medida. Una mención de este tipo, afirman los Estados Unidos, es sólo una de las formas de demostrar que se ha tenido en cuenta una evaluación del riesgo.

49. Según los Estados Unidos el Grupo Especial estaba en lo cierto al concluir que una medida estará "basada" en una evaluación del riesgo cuando los principios científicos que la justifican reflejen las conclusiones científicas alcanzadas por los científicos que han realizado la evaluación del riesgo. Los Estados Unidos afirman que en ningún momento de los procedimientos del Grupo Especial las Comunidades Europeas presentaron una evaluación del riesgo que identificara un riesgo. En el caso de la hormona MGA resulta más evidente que la prohibición de las CE no está "basada en" una evaluación del riesgo.

50. Con respecto al problema del control del uso correcto de hormonas, los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial caracterizó bien el argumento de las Comunidades Europeas como una declaración general de que no existe una garantía de cumplimiento absoluto bajo ningún sistema jurídico. Un interés tan generalizado no es una base adecuada de la prohibición de las CE. Además, no existen pruebas de que el control de las hormonas en cuestión sea más difícil que el control de otros medicamentos veterinarios (cuyo uso está permitido) o de que el control sea más difícil con un régimen donde se permita el uso de hormonas para estimular el crecimiento en determinadas condiciones que con el régimen actual donde están prohibidas. En la audiencia oral los Estados Unidos observaron que según los estudios científicos las hormonas eran seguras cuando se empleaban de conformidad con las buenas prácticas. Según los Estados Unidos estos estudios no se ocupaban de averiguar si las hormonas en cuestión no eran seguras cuando no se emplearan de conformidad con las buenas prácticas.

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 situación con respecto a las seis hormonas en cuestión son situaciones diferentes que, sin embargo, son comparables a los fines del párrafo 5 del artículo 5. Precisan que el Grupo Especial estuvo en lo cierto al constatar que la distinción efectuada por las CE entre los niveles de protección contra el carbadox y el nivel de protección contra las hormonas en cuestión era arbitraria y resultaba en una restricción encubierta del comercio internacional. Al llegar a dicha conclusión el Grupo Especial encontró que las hormonas en cuestión, que estaban prohibidas en las Comunidades Europeas, se utilizaban para estimular el crecimiento en el sector de la carne de bovino, en el que las Comunidades Europeas deseaban reducir la oferta y en el que, probablemente, su interés en competir a escala internacional sea menor, en tanto que el carbadox, cuya utilización estaba permitida en las Comunidades Europeas, se utilizaba para estimular el crecimiento en el sector de la carne de porcino, en el que las Comunidades Europeas no tenían excedentes internos y respecto del cual era altamente prioritaria la competitividad internacional. Los Estados Unidos alegan que esta cuestión se relaciona con constataciones fácticas que el Órgano de Apelación no puede examinar.

10. Cuestiones de procedimiento

53. Los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que desestime cada una de las alegaciones de procedimiento formuladas por las Comunidades Europeas. Esta parte de la apelación de las Comunidades Europeas, alegan los Estados Unidos, plantea la cuestión básica de determinar si los procedimientos empleados por el Grupo Especial durante el proceso pueden considerarse cuestiones de derecho comprendidas en el informe del Grupo Especial o interpretaciones jurídicas elaboradas por el Grupo Especial en el sentido del párrafo 6 del artículo 17 del ESD, y de ser así, en qué circunstancias. Los Estados Unidos afirman que las Comunidades Europeas no han mencionado ningún texto como

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. Con respecto a la objeción de las CE referente a la selección de expertos realizada por el Grupo Especial, los Estados Unidos observan que en el curso de los procedimientos las Comunidades Europeas no presentaron objeciones a la participación de dos expertos que no solamente son nacionales de Estados miembros de la Unión Europea sino que, además, están empleados por instituciones de estos Estados miembros. Con respecto a la objeción presentada por las CE por la presunta vinculación de uno de los expertos con la industria farmacéutica, los Estados Unidos afirman que las Comunidades Europeas no cuestionaron esta vinculación cuando el Grupo Especial propuso el nombre de este experto, aunque las Comunidades Europeas habían presentado quejas similares en ese momento con respecto a otros dos científicos propuestos por el Grupo Especial.

55. Con respecto a la cuestión de determinar si una objeción de procedimiento debe basarse en la alegación de "un perjuicio concreto", los Estados Unidos consideran que, si bien el Grupo Especial tiene claramente el deber de cumplir con las disposiciones pertinentes del ESD y de los acuerdos abarcados, la parte que busque la revisión o modificación de una resolución relativa al procedimiento debe asumir la responsabilidad de presentar razones y argumentos jurídicos concretos que justifiquen su objeción. De otra forma cada resolución procesal de un Grupo Especial quedaría abierto a las objeciones planteadas por razones no especificadas.

56. Los Estados Unidos afirman que la decisión del Grupo Especial de consultar expertos individuales en vez de convocar un grupo consultivo de expertos era compatible con las disposiciones del ESD y del *Acuerdo MSF*. Las mismas Comunidades Europeas aceptan que el artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* son disposiciones permisivas y no imperativas. Los Estados Unidos

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 Unidos afirman que las Comunidades Europeas erran al suponer que la concesión de derechos ampliados de participación como terceros efectuada por el Grupo Especial había facilitado a los reclamantes el acceso a los documentos. Los Estados Unidos y las Comunidades Europeas hicieron públicas sus comunicaciones y declaraciones ante el Grupo Especial en el procedimiento que entablaron los Estados Unidos y, por lo tanto, el Canadá ya tenía acceso a todos estos documentos.

⁴³Los Estados Unidos se refieren al Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/R/USA, ("Comunidades Europeas - Bananos").

C. *Argumentos del Canadá - Apelado*

1. Carga de la prueba

59. Con respecto a la cuestión de la asignación de la carga de la prueba en el *Acuerdo MSF* en general el Canadá afirma que el Grupo Especial adoptó el razonamiento del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Camisas y Blusas*.⁴⁴ Con respecto a la asignación de la carga de la prueba de conformidad con las disposiciones del párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, el Canadá insiste en que las conclusiones del Grupo Especial son correctas, aunque sería más exacto sostener que "... de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 3 la carga de la prueba se desplaza a la parte demandada, quien le debe demostrar que la medida en cuestión es compatible con la obligación estipulada en el párrafo 1 del artículo 3 o invocar la excepción del párrafo 1 del artículo 3 y demostrar que se cumplen las condiciones de dicha excepción"⁴⁵. Si el Órgano de Apelación revisara o modificara las conclusiones del Grupo Especial sobre la carga de la prueba, el Canadá afirma que, de todas formas, el Canadá ha acreditado *prima facie* la infracción. Con respecto a la carga de la prueba en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Canadá considera que ha presentado suficientes pruebas con respecto a la prohibición de importación de carne tratada con MGA para haberla acreditado *prima facie*.

2. El principio de cautela

60. El Grupo Especial no se definió sobre si el "principio de cautela" formaba parte del derecho internacional. Más bien, según la opinión del Canadá, el Grupo Especial reconoció que este principio estaba reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y, correctamente, sostuvo que el "principio de cautela" no podía prevalecer sobre los párrafos 1 y 2 del artículo 5 ni sobre ninguna otra disposición del *Acuerdo MSF*. El Canadá también considera que la cuestión de determinar si el "principio de cautela" está "implícito" en otras disposiciones del *Acuerdo MSF* es irrelevante en esta apelación. Además, las Comunidades Europeas no han explicado qué significa que el "principio de cautela" está "implícito" en otras disposiciones del *Acuerdo MSF*, y en qué forma podría esto afectar las conclusiones del Grupo Especial. El "principio de cautela" debería ser caracterizado como el "enfoque cautelar" porque todavía no es parte integrante del derecho internacional. El Canadá considera

⁴⁴Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R.

⁴⁵Canadá - comunicación del apelado, párrafo 59.

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 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

3. Evaluación objetiva de los hechos

61. El Canadá afirma que muchas de las alegaciones presuntamente relacionadas con errores de derecho que las Comunidades Europeas presentaron en su comunicación de apelación son, en realidad, alegaciones que aducen errores de hecho. En el asunto *Comunidades Europeas - Bananos*⁴⁶, el Órgano de Apelación dejó en claro que las constataciones fácticas quedaban, de conformidad con las disposiciones del párrafo 6 del artículo 17 del ESD, fuera de las facultades del Órgano de Apelación.

4. Aplicación temporal del Acuerdo MSF

62. El Canadá alega que la distinción trazada por las Comunidades Europeas entre las disposiciones del *Acuerdo MSF* que incluyen las expresiones "mantener" o "aplicar", y otras que no lo hacen, no tiene fundamento. Esta dicotomía planteada por las Comunidades Europeas resultaría en que las medidas existentes al 1º de enero de 1995 queden indefinidamente exentas de las disposiciones de los párrafos 1 y 5 del artículo 5, pero es difícil creer que los Miembros tuvieran la intención de eximirlos. Otros acuerdos abarcados contienen disposiciones específicas sobre cuestiones temporales y, por lo tanto, la no aplicación de las disposiciones del *Acuerdo MSF*, como por ejemplo el párrafo 1 y el párrafo 5 del artículo 5, se habrían tratado explícitamente en el texto de dicho Acuerdo. De todas formas, las medidas de las CE actualmente en cuestión incluyen las Directivas 96/22/CEE y la 96/23/CEE, adoptadas después de entrada en vigor el Acuerdo sobre la OMC.

5. Párrafo 1 del artículo 3

63. El Canadá sostiene que el argumento presentado por las Comunidades Europeas de que el párrafo 1 del artículo 3 no constituye una "obligación general" sino que es una de las tres opciones que tienen los Miembros cuando existen recomendaciones del Codex, es incorrecto. El párrafo 1 del artículo 3 establece específicamente la obligación de los Miembros de basar sus medidas sanitarias

⁴⁶Adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R.

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 científica disponible. Como el *Acuerdo MFS* define la evaluación del riesgo como: "la evaluación ... de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas", el "examen y evaluación de la información científica" mencionados en la nota a pie de página del párrafo 3 del artículo 3 se refieren a una evaluación del riesgo. Un Miembro no puede, en opinión del Canadá, determinar que las normas internacionales pertinentes no son suficientes para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria, salvo que el Miembro realice una ponderación de dicho riesgo (vale decir, una evaluación del riesgo) teniendo en cuenta los testimonios científicos existentes.

7. Párrafo 1 del artículo 5

65. El Canadá considera que la interpretación que el Grupo Especial ha hecho del párrafo 1 del artículo 5 concuerda con el significado común de las palabras en ese contexto. Si una medida "se funda en" una evaluación del riesgo, entonces debe existir alguna prueba de que la medida se tomó con este fundamento. Una exigencia de este tipo no significaría "inmovilizar la información científica", ya que el Grupo Especial dejó en claro que buscaba pruebas de que se hubiese tenido en cuenta una evaluación del riesgo cuando las CE establecieron la medida *o en cualquier otro momento posterior*. Según el Canadá la interpretación que el Grupo Especial hace del párrafo 1 del artículo 5 es correcta y concuerda con la obligación fundamental establecida en el párrafo 2 del artículo 2 de que no se debe mantener una medida sin testimonios científicos suficientes. Si las conclusiones científicas reflejadas en las medidas de las CE no están en conformidad con las alcanzadas en ninguna de las evaluaciones del riesgo, entonces está claro que el fundamento científico de la medida no proviene de dichas evaluaciones.

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 Grupo Especial obligándolo a emplear sólo los argumentos presentados por las partes. Un grupo especial no tiene prohibido llegar a una conclusión objetiva que no corresponda a los argumentos de las partes.

70. Con respecto a la decisión del Grupo Especial de consultar a los expertos en forma individual, y no como un grupo consultivo, el Canadá alega que el proceso elegido ha permitido que el Grupo Especial contara con todas las opiniones presentadas por los expertos que lo asesoraban. Lejos de resultar en perjuicio de las Comunidades Europeas, este sistema les permitió rescatar de cualquiera de los expertos del Grupo Especial pruebas para apoyar sus argumentos. Si bien en el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* se establece que en las diferencias en las 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, esta disposición no obliga al Grupo Especial a aceptar ciegamente todo el asesoramiento. El Canadá afirma que, por el contrario, el Grupo Especial no tenía la facultad de delegar así en los expertos su función de investigación.

71. El Canadá también afirma que la objeción presentada por las Comunidades Europeas a la nacionalidad de los expertos elegidos para asesorar al Grupo Especial carece de mérito. El Canadá no tiene conocimiento de que las Comunidades Europeas hayan planteado una objeción de este tipo cuando el Grupo Especial efectuó la selección de los expertos. Según el Canadá, cuando las Comunidades Europeas sugirieron un experto que era nacional de uno de los Estados miembros renunciaron a su derecho de objetar a los demás científicos en razón de su nacionalidad. Las decisiones del Grupo Especial sobre "los derechos ampliados de participación como terceros" eran un ejercicio correcto de las facultades del Grupo Especial, y no contradicen las disposiciones del ESD. Las Comunidades Europeas mencionaron material presentado al Grupo Especial que se ocupó de la reclamación de los Estados Unidos, pero no presentaron ese material ante el Grupo Especial que se ocupó de la reclamación del Canadá. Por lo tanto, según el Canadá, en lugar de prejuzgar la argumentación de las Comunidades, el Grupo Especial que se ocupó de la reclamación del Canadá admitió todas las comunicaciones realizadas por las Comunidades Europeas ante el Grupo Especial que se ocupó de la reclamación de los Estados Unidos. El Canadá sostiene que la decisión del Grupo Especial de convocar o no un grupo consultivo de expertos quedaba a su discreción. Las Comunidades Europeas no han podido demostrar que hubiesen sufrido un perjuicio concreto como resultado de esta decisión. En opinión del Canadá el Grupo Especial, según lo dispuesto en el artículo 11 del *Acuerdo MSF*, tiene la facultad de pedir asesoramiento a expertos por él elegidos en consulta con las partes

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 no dio el paso final para declarar que la prohibición de importación era incompatible con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 2.⁴⁷ El párrafo 2 del artículo 2 exige que las Comunidades Europeas tengan los testimonios científicos suficientes para apoyar su medida. Dado que el Grupo Especial enumeró y examinó metódicamente todos los testimonios científicos presentados por las Comunidades Europeas y con respecto a cada uno de ellos llegó a la conclusión de que el testimonio no justificaba la medida de las CE, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial debería haber llegado a la conclusión jurídica de que la prohibición de importación establecida por las CE se mantenía sin el testimonio científico suficiente. En opinión de los Estados Unidos no había necesidad de que el Grupo Especial determinara exactamente qué cantidad de testimonios científicos es "suficiente" a los fines del párrafo 2 del artículo 2. El Grupo Especial encontró que las Comunidades Europeas no habían presentado testimonios que justificaran su prohibición; no se puede considerar que "ningún testimonio" sea "testimonio suficiente".

73. Al justificar por qué no había realizado ninguna constatación en relación con el párrafo 2 del artículo 2 el Grupo Especial afirmó que los artículos 3 y 5 establecían derechos y obligaciones más específicos que los "derechos y obligaciones básicos" recogidos en el artículo 2. Según los Estados Unidos, los artículos 3 y 5 del *Acuerdo MSF* no establecían, necesariamente, derechos y obligaciones más específicos que todos los "derechos y obligaciones básicos" previstos en el artículo 2. Ni el artículo 3 ni el artículo 5 dicen cuánto testimonio es necesario para apoyar una medida sanitaria o fitosanitaria. El párrafo 2 del artículo 2 sí establece la magnitud del testimonio al exigir que las medidas no se mantengan "sin testimonios científicos suficientes". Por lo tanto, los Estados Unidos afirman que ninguna parte del texto de los artículos 2, 3 ni 5 permite inferir que todas las obligaciones establecidas en el artículo 2 estén comprendidas por las disposiciones de los artículos 3 y 5.

⁴⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.271.

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 europea es incompatible con las disposiciones del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos observan que las Comunidades Europeas prohíben el uso de las hormonas naturales para estimular el crecimiento pero que no tienen límites para los residuos de estas mismas sustancias, ya sea cuando están presentes por razones naturales o cuando han sido empleadas para usos terapéuticos o zootécnicos. Dado que las Comunidades Europeas consideran inocuos los residuos en la carne de estas hormonas cuando tienen causas naturales, los Estados Unidos consideran que entonces la prohibición de las CE es más restrictiva del comercio de lo necesario.

75. Los Estados Unidos también observan que las Comunidades Europeas prohíben el uso de las tres hormonas sintéticas en cuestión, pero permiten el uso de hormonas similares (las tres hormonas naturales) por motivos terapéuticos y zootécnicos, como así también el uso de carbadox, otro compuesto sintético, para estimular el crecimiento. Según los Estados Unidos las Comunidades Europeas han elegido en cada caso el enfoque más restrictivo del comercio (una prohibición del comercio) con respecto a las seis hormonas empleadas para estimular el crecimiento. Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas podrían permitir los mismos niveles de residuos en el caso de las hormonas utilizadas para estimular el crecimiento de los que permiten por otros motivos y mantendrían igual su nivel de protección. El hecho de que las Comunidades Europeas admitan estos niveles por los otros motivos demuestra que podrían razonablemente admitir los mismos residuos en el caso de estímulos del crecimiento y esto sería técnica y económicamente viable. Permitir que se alcancen estos niveles por motivos de estímulo del crecimiento sería mucho menos restrictivo del comercio que la actual prohibición de las CE.

76. El Grupo Especial constató que "no se dispone de ningún testimonio científico en el que se llegue a la conclusión de que de la utilización de conformidad con las buenas prácticas de cualquiera de las hormonas en cuestión para estimular el crecimiento resulte un riesgo identificable".⁴⁹ En opinión de los Estados Unidos esta conclusión basta por sí misma para establecer que la prohibición de las

⁴⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.247.

⁴⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.134.

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 de que las medidas estén basadas en una evaluación del riesgo. Esta interpretación debilitaría los términos, así como el objetivo y los fines del *Acuerdo MSF*. El Canadá toma nota de que según el Grupo Especial las Comunidades Europeas no habían presentado testimonios científicos de la existencia de un riesgo identificable relacionado con las hormonas en cuestión cuando fuesen utilizadas para el estímulo del crecimiento de conformidad con la buena práctica.⁵⁰ Si no existen testimonios científicos de la existencia de un riesgo identificable y, por lo tanto, no hay justificación para adoptar una medida que permita lograr un nivel de protección sanitaria de conformidad con el *Acuerdo MSF*, con la excepción del párrafo 7 del artículo 5, entonces,

⁵⁰Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.165 y 8.264.

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 llega a la conclusión de que si se aplican las constataciones del Grupo Especial con respecto a las seis hormonas en cuestión a las disposiciones del párrafo 6 del artículo 5 las medidas de las CE entrañan un grado de restricción del comercio mayor del requerido y, por lo tanto, son incompatibles con las disposiciones del párrafo 6 del artículo 5.

F. *Argumentos de las Comunidades Europeas - Apelado*

1. Párrafo 2 del artículo 2

79. Las Comunidades Europeas cuestionan que la declaración del Grupo Especial relativa al párrafo 2 del artículo 2 constituya una cuestión de derecho tratada en el Informe del Grupo Especial o una interpretación jurídica desarrollada por el Grupo Especial en el sentido del párrafo 6 del artículo 17 del ESD. Si bien el Grupo Especial se negó a pronunciarse sobre el párrafo 2 del artículo 2 a raíz de una interpretación jurídica que realizó con respecto a la relación entre el artículo 2 y el artículo 5 del *Acuerdo MSF*, esta negativa del Grupo Especial deja a la declaración sobre el párrafo 2 del artículo 2 fuera del alcance de un examen de apelación. El Grupo Especial no analizó los requisitos sustantivos del párrafo 2 del artículo 2, y no hizo las constataciones necesarias con respecto a la suficiencia del testimonio científico presentado por las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas están de acuerdo con los Estados Unidos en que ninguna parte del texto de los artículos 2, 3 y 5 del *Acuerdo MSF* permite inferir que todas las obligaciones establecidas en el artículo 2 quedan comprendidas en las disposiciones de los artículos 3 y 5. Las cuestiones que hay que tratar en relación con el párrafo 2 del artículo 2, desde un punto de vista fáctico, procesal y sustantivo, son diferentes de las cuestiones examinadas por el Grupo Especial en el contexto del párrafo 1 del artículo 3, de los párrafos 1, 2 y 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas consideran que en el informe del Grupo Especial no existe "una base suficiente" para que el Órgano de Apelación se pronuncie sobre las afirmaciones de los Estados Unidos con respecto al párrafo 2 del artículo 2. Además, los Estados Unidos basan sus reclamaciones en algunos párrafos del informe del Grupo Especial que provienen de un evidente malentendido o clara distorsión de los hechos, o de un razonamiento inadecuado del Grupo Especial, como lo explicaron las Comunidades Europeas en su propia apelación.

80. Las Comunidades Europeas afirman que si el Órgano de Apelación examinara la aplicabilidad del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* también debería examinar la aplicabilidad del párrafo 7

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 los Estados Unidos no se hace referencia a lo que constituyen testimonios científicos "suficientes". Como los conceptos de "riesgo" y "evaluación del riesgo" en el *Acuerdo MSF* no son conceptos cuantitativos sino cualitativos, también puede considerarse que la palabra "suficientes" se refiere a los aspectos cualitativos más que cuantitativos de los testimonios científicos empleados por las autoridades normativas de un Miembro. El uso de las palabras "principios científicos" en el mismo artículo refuerza la opinión de que el párrafo 2 del artículo 2 y el *Acuerdo MSF* en general no exigen que las medidas sanitarias "se basen en" el "mejor" testimonio científico o en el "peso" de los testimonios científicos existentes. Por lo tanto, las Comunidades Europeas afirman que la verdadera cuestión no es si las medidas sanitarias están "basadas en" la "mejor" ciencia o en la "preponderancia" de la ciencia, o si existe un conflicto científico. La cuestión es únicamente si el Gobierno que mantiene una medida tiene una base científica para hacerlo.

2. Párrafo 6 del artículo 5

82. Las Comunidades Europeas también cuestionan que las declaraciones del Grupo Especial relativas al párrafo 6 del artículo 5 representen una cuestión de derecho tratada en el informe del Grupo Especial o sean una interpretación jurídica formulada por el Grupo Especial a los fines del párrafo 6 del artículo 17 del ESD. Si bien la negativa del Grupo Especial de dictaminar sobre el párrafo 6 del artículo 5 se apoya en determinada opinión del Grupo Especial sobre la relación entre los artículos 2 y 5 del *Acuerdo MSF*, esta negativa pone a la cuestión fuera del alcance del examen en apelación. Las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial no cumplió los requisitos sustantivos del párrafo 6 del artículo 5 y no realizó las constataciones fácticas necesarias, vale decir: en primer lugar, que las medidas de las CE entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección; en segundo lugar, que existiera otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica; y, en tercer lugar, que con esta otra medida se consiguiera el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y fuera significativamente menos restrictiva del comercio. Por último, las Comunidades Europeas alegan que el Canadá y los Estados Unidos basan sus reclamaciones en determinados párrafos del informe del Grupo Especial que se fundan en un evidente malentendido o una clara distorsión de los hechos y/o en un razonamiento inadecuado del Grupo Especial, como las Comunidades Europeas lo han explicado en su apelación.

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 presentan interpretaciones correctas de la carga de la prueba y que el Grupo Especial ha seguido, en general, estas interpretaciones correctas en sus constataciones y razonamientos jurídicos.

⁵¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.52 a 8.54; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.55 a 8.57.

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 que ninguna disposición del *Acuerdo MSF* sugiere que tales medidas puedan eludir la aplicación de las disposiciones clave, como por ejemplo las del párrafo 1 y 2 del artículo 5.

87. La interpretación del Grupo Especial de que el *Acuerdo MSF* "equipara" las expresiones "basadas en" y "estén en conformidad con" ignora, en opinión de Australia, el significado usual de estas expresiones en su contexto y no permite que tengan efecto todos los términos del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial ha ignorado el importante hecho de que el *Acuerdo MSF* utilice la expresión "estén en conformidad con" tanto en el párrafo 2 del artículo 3 como en el párrafo 4 del artículo 2, vale decir en las dos situaciones donde se establecen presunciones relativas de que ciertas medidas son compatibles con las disposiciones del *Acuerdo MSF* y/o del GATT de 1994. Australia considera que la cuestión de saber si una determinada medida se "basa en" una norma internacional o "está en conformidad con" dicha norma es algo que sólo se podrá determinar en cada caso en particular.

88. El Grupo Especial no aplicó a todos los términos del *Acuerdo MSF* por su forma de tratar las dos opciones contenidas en el párrafo 3 del artículo 3. Según Australia, el Grupo Especial ha ignorado las diferencias en la redacción de las dos opciones y su identificación explícita como alternativas al emplearse la palabra "o" en el párrafo 3 del artículo 3. Esta interpretación ha dado por resultado que el Grupo Especial llegó a la conclusión de que ambas alternativas significan que una medida sólo puede justificarse según el párrafo 3 del artículo 3 si cumple los requisitos del artículo 5. En opinión de Australia, si bien la determinación de un Miembro según la primera de esas opciones debe hacerse "sobre la base de" un examen y evaluación de la información científica disponible "en conformidad con" las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF*, igual queda una importante diferencia entre las dos opciones que el Grupo Especial no reconoció.

89. Australia también considera errónea la interpretación del "riesgo" que hizo el Grupo Especial, especialmente su empleo del término "riesgo identificable", que no se basa en el texto del *Acuerdo MSF*. Según el párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 5, lo que el Grupo Especial debe examinar es si la medida de las CE "se basa en" una evaluación del riesgo, y no si existe un "riesgo identificable".

90. Al discutir si existe la necesidad de realizar una evaluación separada del riesgo para cada sustancia concreta, Australia señala en particular el texto del párrafo 1 del artículo 5, donde se habla de una evaluación de los riesgos "adecuada a las circunstancias". Este texto reconoce expresamente que lo que se considera una adecuada evaluación del riesgo puede diferir de un caso a otro. Según Australia, habría que determinar en cada caso concreto si se necesita una evaluación del riesgo para determinada sustancia en concreto. El Grupo Especial reconoció que para constatar que una medida sanitaria o fitosanitaria es incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 debían darse todos los elementos de esta disposición⁵², pero, sin embargo, el Grupo Especial asignó indebida importancia, en opinión de Australia, a la diferencia en los niveles de protección. La cita del informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*⁵³ relativa a los requisitos del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 inducía a error y era inapropiada.

91. Si bien Australia apoya la opinión de los Estados Unidos de que las medidas de las CE son incompatibles con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, no cree que fuera necesario que el Grupo Especial expresara esa constatación.

2. Nueva Zelandia

92. Nueva Zelandia remite a su presentación ante el Grupo Especial como tercero en relación con el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5. Nueva Zelandia afirma que como el Grupo Especial llegó a la conclusión de que no existían testimonios científicos de los cuales se desprendiera que de la utilización de esas hormonas conforme a las buenas prácticas se derivara un riesgo identificable para la salud humana, el Órgano de Apelación debería examinar la aplicabilidad del párrafo 2 del artículo 2 y del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* a la prohibición de importación.

3. Noruega

93. Noruega destaca que el *Acuerdo MSF* no contiene la obligación de armonizar los diferentes niveles de protección. Según Noruega, el derecho de cada Miembro de fijar su propio nivel de protección es un derecho inherente que siempre ha sido aceptado por el GATT y ahora por el *Acuerdo sobre la OMC*. En opinión de Noruega, los Miembros, al decidir sobre su nivel adecuado de protección,

⁵²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.174; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.177.

⁵³Adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/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 presente Acuerdo y en particular en el párrafo 3". Noruega afirma que en vez de elegir un párrafo del artículo 3 como la norma general y otros como excepciones, el Grupo Especial debería haber leído el artículo 3 en el contexto de los párrafos 2 y 3 del artículo 2. En opinión de Noruega, cuando una medida sanitaria y fitosanitaria es idéntica para los productos nacionales y los importados, la norma general -como ocurre con todas las obligaciones- es que el reclamante debe acreditar *prima facie* la existencia de violación. El requisito del párrafo 2 del artículo 2 de que las medidas sean "necesarias" no altera lo dicho. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no son medidas excepcionales y la carga de probar que una medida no es necesaria corresponde, en primer lugar, al reclamante.

95. Con respecto al párrafo 5 del artículo 5 Noruega afirma que es el nivel de protección lo que está en cuestión y no la medida, que debe estar "en conformidad con" otras partes del *Acuerdo MSF*. Corresponde al reclamante probar que una decisión sobre diferentes niveles de protección infringe las disposiciones del párrafo 5 del artículo 5.

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 con lo dispuesto en el artículo 11 del ESD;
- f) Si el Grupo Especial actuó en el ámbito de sus facultades en la selección de los expertos y la utilización de su concurso, al conceder derechos adicionales de terceros a los Estados Unidos y al Canadá y al formular constataciones basadas en argumentos no alegados por las partes;
- g) Si el Grupo Especial interpretó correctamente los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*;
- h) Si las medidas de las CE están "basadas en" una evaluación de los riesgos, en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;
- i) Si el Grupo Especial interpretó y aplicó correctamente el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; y

- 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 resolución en el asunto *Estados Unidos - Camisas y Blusas*, el Grupo Especial señala en primer lugar que:

⁵⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.48; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.51.

⁵⁵Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 16.

... el texto de muchas de las disposiciones del Acuerdo [sobre MSF], y en particular de las cuatro primeras palabras de estas disposiciones: "*Los Miembros se asegurarán de que ...*". (párrafo 2 del artículo 2, párrafo 3 del artículo 2, párrafo 1 del artículo 5 y párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*).⁵⁶

100. A continuación el Grupo Especial cita el párrafo 8 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, si bien señalando entre paréntesis que este artículo "se refiere más bien a la transparencia que a cualquier requisito de justificación legal".⁵⁷ El párrafo 8 del artículo 5 dispone lo siguiente:

Cuando un Miembro tenga motivos para creer que una determinada medida sanitaria o fitosanitaria establecida o mantenida por otro Miembro restringe o puede restringir sus exportaciones y esa medida no esté basada en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, o no existan tales normas, directrices o recomendaciones, podrá pedir *una explicación de los motivos de esa medida sanitaria o fitosanitaria y el Miembro que mantenga la medida habrá de darla.*

101. Por último, el Grupo Especial busca apoyo para su resolución general de interpretación en el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, que establece la presunción de compatibilidad con las disposiciones pertinentes de ese Acuerdo y del GATT de 1994 para las medidas que se ajusten a las normas, directrices y recomendaciones internacionales. A partir de esta presunción, el Grupo Especial hace una inferencia inversa en el sentido de que si una medida *no* está en conformidad con las normas internacionales, corresponde al Miembro que la impone la carga de la prueba ante cualquier reclamación de incompatibilidad con una disposición del *Acuerdo MSF*.⁵⁸

102. Consideramos que la resolución general de interpretación adoptada por el Grupo Especial carece de fundamento en el *Acuerdo MSF*, y en consecuencia, debemos revocarla. No nos parece que haya ninguna conexión necesaria (es decir, lógica) o de otro tipo entre el compromiso de los Miembros de asegurar, por ejemplo, que una medida sanitaria y 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 ..."⁵⁹,

⁵⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.52; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.55.

⁵⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.53; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.56.

⁵⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.54; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.57.

⁵⁹*Acuerdo MSF*, párrafo 2 del artículo 2.

y la atribución de la carga de la prueba en un procedimiento de solución de diferencias. El párrafo 8 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* no tiene por objeto resolver problemas relativos a la carga de la prueba; no se refiere a una situación de solución de diferencias. Al contrario, es más probable que el Miembro que intente ejercer su derecho de recabar información al amparo del párrafo 8 del artículo 5 se encuentre en una situación previa a la de una diferencia, y la información o explicación que reciba podría muy bien permitirle iniciar un procedimiento de solución de diferencias y asumir la carga de acreditar *prima facie* que la medida involucrada no es compatible con el *Acuerdo MSF*. Resulta bastante sencillo observar que la última razón alegada por el Grupo Especial entraña un *non sequitur*. La presunción inversa o *a contrario sensu* creada por el Grupo Especial no tiene lugar. La presunción de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* que surge del párrafo 2 del artículo 3 con respecto a las medidas que se conforman a las normas internacionales podría muy bien constituir un *incentivo* para que los Miembros pongan en conformidad sus medidas sanitarias y fitosanitarias con dichas normas. No obstante, es obvio que la decisión de un Miembro de no poner en conformidad determinada medida con una norma internacional no autoriza a que se le imponga a ese Miembro una carga de la prueba, especial o generalizada, que podría, en la mayoría de los casos, equivaler a una *penalidad*.

103. Al iniciar su examen de las prescripciones de los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial se ocupó una vez más de distribuir la carga de la prueba entre el reclamante y el demandado. El Grupo Especial afirma:

Una de las finalidades del Acuerdo MSF, como se reconoce expresamente en su Preámbulo, es fomentar la utilización de normas, directrices y recomendaciones internacionales. A tal fin, el párrafo 1 del artículo 3 impone a todos los Miembros la obligación de basar sus medidas sanitarias en normas internacionales, salvo disposición en contrario en el Acuerdo MSF, y en particular en el párrafo 3 de su artículo 3. En ese sentido, el párrafo 3 del artículo 3 establece una excepción a la obligación de carácter general recogida en el párrafo 1 de dicho artículo. A su vez, el párrafo 2 del artículo 3 indica que incumbe a la parte demandante la carga de anular la presunción de compatibilidad con el Acuerdo MSF cuando una medida esté basada en normas internacionales, de lo que se desprende tácitamente que cuando no lo esté, corresponde al demandado la carga de probar que la medida está amparada por las excepciones previstas en el párrafo 3 del artículo 3.

En consecuencia, constatamos que una vez que la parte demandante haya acreditado *prima facie* i) que existe una norma internacional con respecto a la medida objeto de la diferencia, y ii) que esa medida *no* está basada en dicha norma, la carga de la prueba de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 se desplaza a la parte demandada.⁶⁰ (subrayado añadido)

⁶⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.86 y 8.87; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.89 y 8.90.

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 compatibilidad con esa disposición sea asumida por el demandado, *no se elude* simplemente describiendo a dicha disposición como una "excepción". Siguiendo en gran parte el mismo argumento, caracterizar simplemente la disposición de un tratado como una "excepción" no basta para justificar una interpretación "más estricta" o "más restringida" de esa disposición que la que se obtendría mediante un examen del sentido corriente de las palabras concretas del tratado, consideradas en el contexto y a la luz del objeto y el fin de ese tratado o, en otras palabras, aplicando las normas corrientes de interpretación de los tratados. Es también oportuno recordar que la acreditación *prima facie* es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*.⁶⁴

⁶¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.86; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.89.

⁶²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, nota de pie de página 288; Informe del Grupo Especial - Canadá, nota de pie de página 393.

⁶³Párrafos 169-172 del presente Informe.

⁶⁴Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y Blusas*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 16.

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 hormonas en cuestión excepto el MGA) no se basan en normas internacionales existentes y han de justificarse al amparo de las excepciones previstas en el párrafo 3 del artículo 3, incumbe a las Comunidades Europeas la carga de probar que la determinación y aplicación de su nivel de protección es compatible con los párrafos 4 a 6 del artículo 5.⁶⁸

⁶⁵Véase el párrafo 102 del presente Informe.

⁶⁶Véase el párrafo 103 del presente Informe.

⁶⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.151; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.154.

⁶⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.165; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.168.

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 probar la existencia de esa evaluación de los riesgos y la compatibilidad de sus medidas con los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 5 *sin tener en cuenta o no si los reclamantes ya habían acreditado prima facie su argumentación*, consideramos, y así lo declaramos, que el Grupo Especial incurrió una vez más en error de derecho.

109. De conformidad con la resolución que hemos adoptado en el asunto *Estados Unidos - Camisas y Blusas*⁷⁰, el Grupo Especial debería haber comenzado el análisis de cada disposición jurídica examinando si los Estados Unidos y el Canadá habían presentado pruebas y argumentos jurídicos suficientes para demostrar que las medidas de las CE eran incompatibles con las obligaciones asumidas por las Comunidades Europeas en virtud de cada una de las disposiciones del *Acuerdo MSF* examinadas por el Grupo Especial, es decir, los párrafos 1 y 3 del artículo 3, y 1 y 5 del artículo 5. Sólo después de que el Grupo Especial hubiera hecho una determinación *prima facie* de ese tipo, podría desplazarse a las Comunidades Europeas la carga de presentar pruebas y argumentos que refutaran la alegación del reclamante.⁷¹

V. La norma de examen aplicable a los procedimientos en el marco del *Acuerdo MSF*

110. Las Comunidades Europeas apelan contra determinadas constataciones del Grupo Especial⁷² alegando que el Grupo Especial no aplicó la norma de examen adecuada al evaluar determinadas medidas

⁶⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.151 y 8.165; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.154 y 8.168.

⁷⁰Adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, páginas 16-19.

⁷¹Nuestra conclusión en el sentido de que el Grupo Especial incurrió en error al atribuir la carga de la prueba en general al Miembro que impone la medida, no obstante, no se refiere a la cuestión bastante distinta de si los Estados Unidos y el Canadá acreditaron *prima facie* efectivamente la infracción de cada una de las siguientes disposiciones del *Acuerdo MSF*: párrafos 1 y 3 del artículo 3, párrafos 1 y 5 del artículo 5. Véase a este respecto, la nota de pie de página 180 del presente Informe.

⁷²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.124, 8.127, 8.133, 8.134, 8.145, 8.146, 8.194, 8.199, 8.213 y 8.255; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.127, 8.130, 8.136, 8.137, 8.148, 8.149, 8.197, 8.202, 8.216 y 8.258.

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 alto valor probatorio a las opiniones científicas presentadas por algunos de los cinco expertos científicos que había elegido (y a las opiniones del experto técnico designado por el Codex Alimentarius);
- de hecho desestimó o distorsionó los testimonios científicos presentados por las CE y sus asesores científicos, y consideró sistemáticamente las opiniones científicas de los expertos designados por el Grupo Especial, o incluso de una minoría de esos expertos, de un valor probatorio más alto que los testimonios científicos presentados por los científicos de las CE;
- basó sus interpretaciones y constataciones jurídicas con respecto a diversas cuestiones críticas en la mayoría de las opiniones científicas presentadas por los expertos que él mismo había designado, en lugar de limitarse a examinar si los testimonios científicos presentados por las CE estaban basados en "*principios científicos*" (como lo requiere el párrafo 2 del artículo 2 del [Acuerdo MSF]).⁷⁴

111. A juicio de las Comunidades Europeas, los principales enfoques que pueden adoptarse frente al problema que se plantea al formular la "norma de examen correcta", en lo que concierne a los Grupos Especiales, son dos. El primero se denomina "examen *de novo*". Esta norma de examen daría plena libertad al Grupo Especial para formarse una opinión diferente a la de la autoridad competente del Miembro cuyo acto o determinación es objeto de examen. El Grupo Especial tendría que "verificar si la determinación por la autoridad nacional era "correcta", tanto desde el punto de vista fáctico como

⁷³Comunicación del apelante - CE, párrafo 140.

⁷⁴Comunicación del apelante - CE, párrafo 139.

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 adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se invalidará la evaluación, aun en el caso de que fuera posible que el grupo especial hubiera llegado a una conclusión distinta;

113. Las Comunidades Europeas insisten además en que la norma citada *supra* , a la que describen como "norma de 'razonabilidad' deferente"⁷⁷ es aplicable a todas las situaciones fácticas sumamente complejas, incluida la evaluación de los riesgos para la salud humana resultantes de las toxinas y los contaminantes⁷⁸, y que debería haber sido aplicada por el Grupo Especial en el caso que se examina.

114. La primera observación que debe hacerse a este respecto es que el *Acuerdo MSF* no contiene ninguna disposición sobre una norma de examen adecuada a la que deban atenerse los grupos especiales que decidan con respecto a las medidas sanitarias y fitosanitarias de un Miembro. Tampoco las disposiciones del ESD o de cualquiera de los acuerdos abarcados (además del *Acuerdo Antidumping*) prescriben una norma de examen en particular. Solamente el inciso i) del párrafo 6 del artículo 17 contiene un texto sobre la norma de examen que han de seguir los grupos especiales "al evaluar los elementos de hecho del asunto". No hemos encontrado ninguna indicación en el *Acuerdo MSF* de la

⁷⁵Comunicación del apelante - CE, párrafo 122.

⁷⁶Comunicación del apelante - CE, párrafo 123.

⁷⁷Comunicación del apelante - CE, párrafo 128.

⁷⁸Comunicación del apelante - CE, párrafo 127.

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 objetiva de los hechos". Muchos Grupos Especiales en el pasado se han negado, sabiamente, a emprender un examen *de novo*,⁸¹ dado que en el marco de la práctica y de los sistemas vigentes, se encuentran en cualquier caso con pocos recursos para emprender ese tipo de exámenes. Por otra parte, como se ha dicho con acierto, "una política de total deferencia frente a las conclusiones de las autoridades nacionales no podría asegurar una "evaluación objetiva" como la prevista en el artículo 11 del ESD".⁸²

118. Por lo que respecta a las cuestiones jurídicas -esto es, compatibilidad e incompatibilidad de la medida de un Miembro con las disposiciones del Acuerdo aplicable- una norma que no figure en el texto mismo del *Acuerdo MSF* no puede eximir a un Grupo Especial (o al Órgano de Apelación) de la obligación de aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público.⁸³ Cabe observar que las Comunidades Europeas se abstuvieron de sugerir que el párrafo 6 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* en su integridad era aplicable al presente caso. No obstante, corresponde subrayar que también en este caso el artículo 11 del ESD resulta directamente pertinente, pues exige al Grupo Especial "hacer una evaluación objetiva del asunto que se les haya sometido, que incluye una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de conformidad con éstos ...".

⁸¹Véanse los Informes de los Grupos Especiales siguientes: *Estados Unidos - Ropa interior*, adoptado el 25 de febrero de 1997, WT/DS24/R; *Corea - Derechos antidumping sobre las importaciones de resinas poliacetálicas procedentes de los Estados Unidos*, adoptado el 27 de abril de 1993, IBDD 40/238; *Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a las importaciones de salmón del Atlántico fresco y refrigerado procedentes de Noruega*, adoptado el 27 de abril de 1994, ADP/87; y *Estados Unidos - Iniciación de una investigación en materia de derechos compensatorios respecto de determinados productos de madera blanda para la construcción procedentes del Canadá*, adoptado el 3 de junio de 1997; IBDD 34S/220.

⁸²Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ropa interior*, adoptado el 25 de febrero de 1997, WT/DS24/R, párrafo 7.10.

⁸³ESD, párrafo 2 del artículo 3.

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 evaluación objetiva de los hechos ...*". Esta cuestión en particular se aborda más adelante (con gran detalle).⁸⁴ Sin embargo, en este aspecto confirmamos las constataciones del Grupo Especial contra los que apelaron las Comunidades Europeas alegando que el Grupo Especial no había aplicado ninguna "norma de razonabilidad deferencial", es decir, la norma de examen establecida en el inciso i) del párrafo 6 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping*.

VI. La pertinencia del principio de cautela en la interpretación del *Acuerdo MSF*

120. Las Comunidades Europeas nos han pedido que revocáramos la constatación del Grupo Especial relativa al principio de cautela. La constatación del Grupo Especial y las declaraciones en apoyo de ella figuran en los Informes del Grupo Especial en los términos siguientes:

Las Comunidades Europeas invocan también el principio de cautela en apoyo de su alegación de que las medidas de las CE objeto de la diferencia se basan en una evaluación del riesgo. En la medida en que cabe considerar que ese principio forma parte del derecho internacional consuetudinario y puede utilizarse como norma usual de interpretación del derecho internacional público (en el sentido en que se utiliza esa frase en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD) para interpretar los párrafos 1 y 2 del artículo 5, entendemos que dicho principio no puede prevalecer sobre el texto de los párrafos 1 y 2 del artículo 5, especialmente dado que el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* incorpora el principio de cautela y le da un sentido específico. No obstante, hay que señalar que las Comunidades Europeas han manifestado expresamente en el presente caso que no invocan el párrafo 7 del artículo 5.

En consecuencia, constatamos que el principio de cautela no puede anular nuestra constatación anterior de que la prohibición por las CE de las importaciones de carne y productos cárnicos de animales tratados con alguna de las cinco hormonas en cuestión para estimular el crecimiento, en la medida en que esa prohibición es también aplicable a la carne y productos cárnicos de animales tratados con alguna de esas hormonas *de conformidad con las buenas prácticas*, no se basa, desde el punto de vista sustantivo, en una evaluación del riesgo.⁸⁵ (subrayado añadido)

⁸⁴Párrafos 131-144 del presente Informe.

⁸⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.157 y 8.158; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.160 y 8.161.

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 con cautela en su propia evaluación.⁸⁸ Las Comunidades Europeas prosiguen indicando que sus medidas aquí objetadas tenían un carácter cautelar y satisfacían las prescripciones establecidas en los párrafos 2 y 3 del artículo 2, así como en los párrafos 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.⁸⁹

122. Los Estados Unidos no consideran que el "principio de cautela" represente el derecho internacional consuetudinario y sugieren que se trata más de un "enfoque" que de un "principio".⁹⁰ El Canadá también es de la opinión de que el principio de cautela aún no ha sido incorporado al *corpus* del derecho internacional público; no obstante, admite que el "enfoque de cautela" o "concepto" constituye "un principio incipiente del derecho", que en el futuro puede cristalizarse en uno de los "principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas", en el sentido del apartado c) del párrafo 1) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁹¹

123. La condición jurídica del principio de cautela en el derecho internacional sigue siendo objeto de debate entre los académicos, los profesionales del derecho, los órganos normativos y los jueces. Algunos consideran que el principio de cautela se ha cristalizado en un principio general del derecho *medioambiental* internacional consuetudinario. El hecho de que haya sido aceptado ampliamente por

⁸⁶Comunicación del apelante -CE, párrafo 91.

⁸⁷Comunicación del apelante -CE, párrafo 88.

⁸⁸Comunicación del apelante -CE, párrafo 94.

⁸⁹Comunicación del apelante -CE, párrafo 98.

⁹⁰Comunicación del apelado -Estados Unidos, párrafo 92.

⁹¹Comunicación del apelado -Canadá, párrafo 34.

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. deMestral (et. al), *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5th ed., (Edmond Montgomery, 1993) página 765; D. Bodansky, in *Proceedings of the 85th Annual Meeting of the American Society of International Law* (ASIL, 1991), página 415.

⁹³En el asunto *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que en la esfera de la protección medioambiental se han desarrollado nuevas normas y pautas, establecidas en gran número de instrumentos durante los dos últimos decenios. Es preciso tener en consideración esas nuevas normas y darles la importancia debida a esas nuevas pautas. No obstante, tomamos nota de que la Corte no identificó al principio de cautela como una de esas nuevas normas recientemente establecidas. También se abstuvo de declarar que un principio de ese tipo pudiese prevalecer sobre las obligaciones del Tratado entre Checoslovaquia y Hungría, de 16 de septiembre de 1977, concerniente a la construcción y explotación del sistema de esclusas Gabčíkovo/Nagymaros. Véase, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Corte Internacional de Justicia, Fallo, 25 de septiembre de 1997, párrafos 140, 111-114. Aún no ha sido incluido en los JCI Reports, pero puede consultarse en Internet en <http://www.icj-cij.org/idecis.htm>.

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. Aplicación del *Acuerdo MSF* a las medidas adoptadas antes del 1° de enero de 1995

126. Aunque las Directivas 81/602, 88/148 y 88/299 fueron adoptadas antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, el 1° de enero de 1995, el Grupo Especial sostuvo que⁹⁴, de conformidad con el artículo 28 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (la "*Convención de Viena*")⁹⁵, el *Acuerdo MSF* debe aplicarse a las medidas de las CE en cuestión porque seguían existiendo después del 1° de enero de 1995 y el *Acuerdo* no revela ninguna intención de limitar su aplicación a las medidas adoptadas después de la entrada en vigor el *Acuerdo sobre la OMC*. El Grupo Especial indicó, que por el contrario, diversas disposiciones del *Acuerdo MSF* y, en particular el párrafo 2 del artículo 2, el párrafo 3 del artículo 3, los párrafos 6 y 8 del artículo 5 y el artículo 14, confirman en efecto que el *Acuerdo MSF* se aplica a las medidas sanitarias y fitosanitarias que fueron adoptadas antes del 1° de enero de 1995 y mantenidas después de esa fecha.⁹⁶

⁹⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.25; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.28.

⁹⁵Hecha en Viena, el 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331; (1969) 8 International Legal Materials 679.

⁹⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.26; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.29.

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 con el Grupo Especial en que el *Acuerdo MSF* se aplicaría a situaciones o medidas que no dejaron de existir, tales como las Directivas de 1981 y 1988, salvo que del *Acuerdo MSF* se desprenda una intención contraria. También coincidimos con el Grupo Especial en que del *Acuerdo MSF* no se desprende tal intención. El *Acuerdo MSF* no contiene ninguna disposición que limite la aplicación temporal del mismo, o de cualquiera de sus disposiciones, a las medidas sanitarias o fitosanitarias adoptadas después del 1º de enero de 1995.⁹⁹ A falta de una disposición semejante, no es posible suponer que disposiciones centrales del *Acuerdo MSF*, tales como los párrafos 1 y 5 del artículo 5, no se apliquen a las medidas que fueron adoptadas antes de 1995, pero que siguen en vigor después de esa fecha. Si los negociadores hubiesen deseado eximir un grupo muy grande de medidas sanitarias o fitosanitarias en vigor el 1º de enero de 1995 de las disciplinas establecidas en disposiciones tan importantes como los párrafos 1 y 5 del artículo 5, parece razonable esperar que lo habrían dicho expresamente. Los párrafos 1 y 5 del artículo 5 no distinguen entre medidas sanitarias y fitosanitarias adoptadas con anterioridad al 1º de enero de 1995 y medidas adoptadas después de esa fecha; la consecuencia importante es que dichas disposiciones deben ser aplicables tanto a las primeras, como a las segundas.

⁹⁷Comunicación del apelante - CE, párrafo 264.

⁹⁸Adoptado el 20 de marzo de 1997, WT/DS22/AB/R, página 17.

⁹⁹Obsérvese, sin embargo, que el artículo 14 del *Acuerdo MSF* permite a los que sean *países menos adelantados Miembros* y a otros países en desarrollo Miembros retrasar la aplicación de las disposiciones de ese *Acuerdo* por un período de *cinco y dos años*, respectivamente, después de la entrada en vigor del *Acuerdo sobre la OMC*. Los países en desarrollo Miembros sólo pueden demorar la aplicación de las disposiciones de ese *Acuerdo* cuando esa aplicación se vea impedida por la falta de conocimientos técnicos especializados, infraestructura técnica o recursos. Este derecho de diferir *la aplicación de las disposiciones del Acuerdo MSF* concierne tanto a las medidas sanitarias y fitosanitarias existentes antes de la entrada en vigor del *Acuerdo sobre la OMC* como a las medidas sanitarias y fitosanitarias promulgadas desde ese momento.

Por otra parte, otras disposiciones del *Acuerdo MSF*, tales como los párrafos 2 y 3 del artículo 2, 3 del artículo 3 y 6 del artículo 5 contemplan expresamente la aplicabilidad de las medidas MSF que ya estaban en vigor el 1° de enero de 1995. Por último, observamos, en términos más generales, que el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC* estipula lo siguiente:

Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos.

A diferencia del GATT de 1947, el *Acuerdo sobre la OMC* fue aceptado definitivamente por los Miembros y, en consecuencia, ya no hay excepciones basadas en la "legislación vigente" (los denominados "derechos de anterioridad").¹⁰⁰

129. Somos conscientes de que la aplicabilidad, a partir del 1° de enero de 1995, de que una medida sanitaria o fitosanitaria debe basarse en una evaluación de los riesgos a las múltiples medidas sanitarias y fitosanitarias ya existentes en esa fecha de la prescripción puede imponer una carga a los Miembros. Corresponde señalar aquí que el párrafo 1 del artículo 5 estipula que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben basarse en una evaluación de los riesgos, *adecuada a las circunstancias*, y ello deja en claro que los Miembros cuentan con cierto grado de flexibilidad para cumplir lo prescrito en dicho párrafo.

130. En consecuencia, confirmamos la constatación del Grupo Especial con respecto a la aplicación temporal del *Acuerdo MSF*. Señalamos también que la medida sanitaria o fitosanitaria involucrada en esta apelación, desde el 1° de julio de 1997, no está comprendida en las Directivas previas a 1995 mencionadas *supra*, sino en la Directiva 96/22, que fue elaborada y adoptada *después* de la entrada en vigor del *Acuerdo sobre la OMC*. Ninguna de las partes objeta que la medida sanitaria o fitosanitaria actualmente aplicable esté sometida a los párrafos 1 y 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

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

131. Las Comunidades Europeas pretenden que el Grupo Especial ha desestimado o ha distorsionado las pruebas que éstas le habían presentado, y otro tanto ha hecho con las opiniones y declaraciones

¹⁰⁰Con excepción de las medidas adoptadas por un Miembro en virtud de determinadas leyes obligatorias mencionadas en el apartado a) del párrafo 3 del texto que incorpora el GATT de 1994 al *Acuerdo sobre la OMC*.

formuladas por los expertos científicos que asesoran al Grupo Especial. Sostienen, dicho de otro modo, que el Grupo no ha efectuado una evaluación objetiva de los hechos como se exige en el artículo 11 del ESD, y las Comunidades Europeas nos piden que anulemos las conclusiones a que llegó el Grupo Especial en esas circunstancias.

132. En virtud del párrafo 6 del artículo 17 del ESD los exámenes en apelación se limitan a apelaciones sobre cuestiones jurídicas incluidas en el informe de un grupo especial y a las interpretaciones legales desarrolladas por ese grupo. Las conclusiones de un grupo especial sobre cuestiones de hecho, a diferencia de las interpretaciones legales o conclusiones legales, no están sujetas en principio a examen del Órgano de Apelación. La determinación de si un acontecimiento ocurrió o no en un determinado tiempo y espacio es típicamente una cuestión de hecho; la cuestión, por ejemplo, de si el Codex ha adoptado o no una norma internacional, directriz o recomendación sobre el MGA, es una cuestión objetiva. La determinación de la credibilidad y del peso que, por ejemplo, se debe atribuir propiamente a la apreciación de una determinada prueba, forma parte esencial del proceso de investigación y, en principio, se deja a la discreción del grupo especial que decide sobre los hechos. La compatibilidad o incompatibilidad de un hecho dado o serie de hechos con los requisitos de una determinada disposición de un tratado es, a pesar de todo, una cuestión de tipificación jurídica. Es una cuestión de derecho. El que un grupo especial haya hecho o no una evaluación objetiva de los hechos que le habían sido presentados, como exige el artículo 11 del ESD, es también una cuestión de derecho que, planteada oportunamente en la apelación, entrará en el ámbito del examen en apelación.

133. En esas condiciones, se plantea la siguiente cuestión: ¿Cuándo cabe considerar que un grupo especial ha dejado de cumplir la obligación que le impone el artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva de los hechos que le han sido presentados? Es evidente que no todos los errores en la evaluación de las pruebas (aunque eso también puede dar lugar a una cuestión de derecho) se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación objetiva de los hechos. En la presente apelación, las Comunidades Europeas alegan reiteradamente que el Grupo Especial desestimó, distorsionó o tergiversó las pruebas que las Comunidades le habían presentado e incluso las opiniones expuestas por los propios expertos-asesores del Grupo Especial. El deber de hacer una evaluación objetiva del asunto que le haya sido sometido es, entre otras cosas, una obligación de examinar las pruebas presentadas a un grupo especial y de llegar a conclusiones de hecho a base de esas pruebas. Desestimar deliberadamente las pruebas presentadas al grupo especial, o negarse a examinarlas, son hechos incompatibles con el deber que tiene un grupo especial de hacer una evaluación objetiva de los hechos. La distorsión o tergiversación deliberadas de las pruebas presentadas al grupo especial son también

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 un "progestágeno muy potente ... unas 30 veces más potente que la progesterona y es activo por vía oral".¹⁰⁴ Observamos que el Dr. Ritter manifiesta claramente con respecto al MGA, "no cuento con ninguna información -salvo la de dominio privado que no he utilizado"¹⁰⁵ y que el Dr. McLean subraya en su comunicación que

¹⁰¹Cabe preguntarse si la intención de las Comunidades es únicamente servirse de los términos, "desestimar" y "distorsionar" como sinónimos excepcionalmente enérgicos de "mala interpretación" o "equivoco". Sin embargo, no está claro que fuera ésa la intención de las Comunidades Europeas, considerando entre otras cosas la notable frecuencia con que se utilizaron los términos "desestimación" y "distorsión".

¹⁰²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.255; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.258.

¹⁰³Comunicación del apelante - CE, párrafo 168.

¹⁰⁴Comunicación del apelante - CE, párrafo 170, cita del Anexo de los Informes de los Grupos Especiales Estados Unidos, Canadá, párrafo 852.

¹⁰⁵Anexo de los Informes de los Grupos Especiales - Estados Unidos, Canadá, párrafo 352.

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 llegó a la conclusión de que es necesario llevar a cabo una evaluación de riesgo respecto de cada sustancia concreta.¹⁰⁷

B. *Pruebas relativas a las otras cinco hormonas*

138. En lo que respecta a las otras cinco hormonas en cuestión, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial deformó de manera evidente los testimonios científicos presentados por las

¹⁰⁶Anexo de los Informes de los Grupos Especiales - Estados Unidos, Canadá, párrafo 354.

¹⁰⁷Informe del Grupo Especial - EE.UU., párrafo 8.257; Informe de Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.260. El Grupo Especial señaló que con respecto a las otras cinco hormonas en cuestión, el JECFA, el Codex y las propias Comunidades han realizado o se han remitido a evaluaciones de riesgo correspondientes a cada una de las sustancias. Además, el Grupo Especial se refirió a la Conferencia Científica de las CEE de 1995 de Jim Bridges y Olga Bridges, *Hazards of Growth Promoting Agents and Strategies of Risk Assessment* (Actas de la Conferencia, página 250 del texto inglés). Informe del Grupo Especial, EE.UU., párrafo 8.260; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.263.

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 Especial mencione todas las declaraciones de los expertos que le asesoran, por lo que se le debe conceder un considerable margen de discreción en el momento de determinar cuáles son las declaraciones que conviene refleje explícitamente. Otro tanto cabe decir de la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se abstuvo de citar algunas declaraciones del Dr. Ritter y del Dr. McLean.¹¹¹

139. Segundo, se pretende que el Grupo Especial deformó de manera evidente las opiniones del Dr. André al decir que éste no hizo objeciones a las declaraciones de los demás científicos del Grupo de Expertos acerca de la seguridad de las hormonas en cuestión.¹¹² Por el contrario, según las Comunidades Europeas, los puntos de vista expuestos por el Dr. André apoyan las opiniones científicas presentadas por los científicos de las CE.¹¹³ El que las opiniones del Dr. André apoyen o no las

¹⁰⁸Comunicación del apelante - CEE, párrafo 350.

¹⁰⁹Comunicación del apelante - CEE, párrafo 347.

¹¹⁰Véanse en particular la nota 331 del Informe del Grupo Especial - EE.UU. y la nota 437 del Informe del Grupo Especial - Canadá.

¹¹¹Véanse las declaraciones del Dr. Ritter en los párrafos 322, 743 y 782, y la declaración del Dr. McLean en el párrafo 824 del Anexo de los Informes de los Grupos Especiales - EE.UU. y Canadá.

¹¹²Véase la nota 348 del Informe del Grupo Especial - EE.UU. y la nota 455 del Informe del Grupo Especial - Canadá.

¹¹³Véanse, en particular, los párrafos 6.99 a 6.101 del Informe del Grupo Especial - EE.UU. y los párrafos 6.98 a 6.100 del Informe del Grupo Especial - Canadá.

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 se adujo, para considerar ese error como una *desestimación deliberada o distorsión de las pruebas*.

140. Tercero, se pretende también que el Grupo Especial deformó sin lugar a dudas las pruebas científicas al considerar que la Conferencia Científica de las CE de 1995 fue una mera evaluación de riesgo en el sentido de los párrafos 1 y 2 del artículo 5. Sin embargo, observamos que el Grupo Especial no afirma que la Conferencia de las CE de 1995 fue el equivalente de una evaluación de riesgo. El Grupo Especial incluye esta Conferencia en la lista de testimonios científicos relativos a las hormonas en cuestión a que se refieren las Comunidades Europeas.¹¹⁴ En lo que respecta a los informes mencionados en esa lista, el Grupo Especial afirma que varios de esos informes parecen reunir los requisitos mínimos de una evaluación de riesgo, al referirse al informe Lamming y a los informes de 1988 y 1989 del JECFA.¹¹⁵ Sin embargo, el Grupo Especial no hace referencia a la Conferencia de las CE de 1995; se limita a exponer las conclusiones científicas que hay que sacar de esa Conferencia Científica, pero eso no equivale a aplicar a la Conferencia el calificativo de una evaluación de riesgo.¹¹⁶

141. Cuarto, las Comunidades Europeas pretenden que la distinción que hace el Grupo Especial entre estudios que se refieren en general a las hormonas en cuestión y estudios que abordan específicamente los residuos de esas hormonas en los alimentos cuando se utilizan para estimular el crecimiento, es un distingo ideado por el propio Grupo Especial con el exclusivo objeto de rechazar la pertinencia de las monografías del CIIC de 1987 en este asunto, y equivale a una distorsión de los testimonios científicos pertinentes.¹¹⁷ Observamos, sin embargo, que el Grupo Especial sí examinó las monografías del CIIC de 1987, pero sostiene que no se pueden considerar parte de una evaluación de los riesgos de las hormonas en cuestión porque las monografías no examinan el potencial carcinogénico

¹¹⁴Informe del Grupo Especial - EE.UU, párrafo 8.108; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.111. Las Actas de la Conferencia de las CE de 1995 fueron presentadas por las propias Comunidades Europeas como anexos de su primera comunicación al Grupo Especial en los procedimientos de los EE.UU. y del Canadá.

¹¹⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.111; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.114.

¹¹⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.123; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.126.

¹¹⁷Comunicación del apelante - CE, párrafo 368.

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 han sido tenidas en cuenta en los demás estudios citados por las Comunidades Europeas, en particular en los informes de 1988 y 1989 del JECFA, con los que no están en contradicción.¹¹⁹ Estimamos que el trato dado por el Grupo Especial a las monografías del CIIC de 1987 no equivale a una deformación de las pruebas.

142. Quinto, las Comunidades Europeas aseguran que el Grupo Especial no hizo ningún intento de examinar "las opiniones y pruebas científicas presentadas por los demás científicos de las CE" y por consiguiente vulneró el artículo 11 del ESD.¹²⁰ Creemos entender que las Comunidades Europeas se refieren aquí a los artículos y opiniones de los distintos científicos que figuran en la lista de testimonios científicos del Grupo Especial a que se remiten las Comunidades Europeas.¹²¹ Señalamos que, contrariamente a lo que alegan las Comunidades Europeas, el Grupo Especial examina efectivamente esos artículos y opiniones de los distintos científicos. En el informe del Grupo Especial figura un resumen del debate relativo a esos artículos y opiniones.¹²² Sin embargo, como explica el Grupo Especial, los testimonios científicos incluidos en esos artículos y opiniones se refieren al potencial carcinogénico o genotóxico de categorías completas de hormonas o de las hormonas en cuestión en general; no cuando se utilizan específicamente para estimular el crecimiento ni con respecto a niveles de residuos comparables a los que se hallan presentes en la carne después de esa utilización. En nuestra opinión, la forma en que el Grupo Especial aborda los artículos y opiniones de los distintos científicos,

¹¹⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.127; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.130

¹¹⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.129; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.132.

¹²⁰Comunicación del apelante - CE, párrafo 380.

¹²¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.108; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.111.

¹²²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.130; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.133. El propio Grupo Especial se refiere a algunos artículos y opiniones en los párrafos 4.131 a 4.136 y 4.180 del Informe del Grupo Especial - Estados Unidos y en los párrafos 4.154 a 4.166 del Informe del Grupo Especial - Canadá.

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 cuenta en la evaluación del riesgo¹²⁵ y, por consiguiente, no se refirió extensamente a las pruebas relativas al control. Además, observamos que más adelante el Grupo Especial, llegó antes bien a la conclusión de que aun cuando se pudieran tener en cuenta el control, y las pruebas relativas a esa cuestión, las Comunidades Europeas no habían aportado pruebas *convincientes*. Parece ser que el Grupo Especial excluyó esas pruebas basándose en el *argumento jurídico* de la no pertinencia; como se verá más adelante, el Grupo Especial incurrió en error de derecho al considerar que las pruebas no eran pertinentes. Aun así, las examinó.¹²⁶

144. Las Comunidades Europeas pretenden también que el Grupo Especial citó mal las declaraciones de sus expertos.¹²⁷ Refiriéndose a una serie de declaraciones específicas¹²⁸, el Grupo Especial dijo

¹²³Las Comunidades Europeas argumentan que presentaron pruebas específicas convincentes al Grupo Especial de que el control sería más difícil en un régimen en el que se permitieran las hormonas en cuestión (en determinadas condiciones de utilización) que en el actual régimen de las CE en que está prohibida su utilización. Pretenden también que presentaron pruebas evidentes al Grupo Especial en las que especificaban los riesgos para la salud humana que podían derivarse del control insuficiente de esas hormonas, y que en los Estados Unidos y el Canadá se daban casos en que no se respetaba el límite máximo de residuos (LMR). Por último, las Comunidades Europeas presentaron pruebas relativas a las dificultades prácticas y técnicas características del control de las hormonas. Comunicación del apelante - CE, párrafos 403 a 433.

¹²⁴Comunicación del apelante - CE, párrafo 416. Las Comunidades Europeas afirman que, por ejemplo, el Grupo Especial no tuvo en cuenta la referencia que hizo el Dr. André al abuso en Francia (véase el párrafo 168 del anexo de los Informes de los Grupos Especiales - Estados Unidos y Canadá) ni la declaración del Dr. McLean sobre la dificultad de controlar el tratamiento de los animales (véase el párrafo 474 del anexo de los Informes de los Grupos Especiales - Estados Unidos y Canadá).

¹²⁵Informe del Grupo Especial - EE.UU., párrafo 8.146; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.149.

¹²⁶Informe del Grupo Especial - EE.UU., párrafo 8.146; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.149.

¹²⁷Comunicación del apelante - CE, párrafo 419.

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 Grupo Especial, los expertos señalaron explícitamente que se hallaban en el terreno de las conjeturas o añadieron enérgicas reservas a sus opiniones. Tras leer esas declaraciones cuidadosamente, llegamos a la conclusión de que en realidad, el Grupo Especial no reflejó con precisión las opiniones de sus expertos. Sin embargo, este error no equivale en absoluto a una enorme desestimación o distorsión de las pruebas presentadas al Grupo Especial.

D. *Pruebas sobre el párrafo 5 del artículo 5*

145. Las Comunidades Europeas pretenden que al concluir que la diferencia en los niveles de protección para cinco de las hormonas en cuestión y respecto del carbadox y el olaquinox es arbitraria o injustificable¹²⁹, el Grupo Especial no tuvo en cuenta las pruebas que le habían presentado.¹³⁰ Tomamos nota de que el Grupo Especial consideró detalladamente cada uno de los argumentos y pruebas conexas mencionadas por las Comunidades Europeas sobre este punto en particular.¹³¹ Aunque el Grupo Especial no estuvo de acuerdo con los argumentos expuestos por las Comunidades Europeas, no creemos que al obrar así, el Grupo Especial hiciera caso omiso arbitrariamente o distorsionara manifiestamente las pruebas que le habían presentado. Más adelante tratamos de esos argumentos con mayor detalle.¹³²

¹²⁸Informe del Grupo Especial - EE.UU., nota 362; Informe del Grupo Especial - Canadá, nota 469.

¹²⁹Informe del Grupo Especial - EE.UU., párrafo 8.238; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.241.

¹³⁰Las Comunidades Europeas aducen que habían expuesto seis razones por las que esta distinción no es arbitraria ni injustificable, pero que el Grupo Especial las rechazó todas, y al proceder así, no tuvo en cuenta las pruebas que le habían presentado. Los motivos aducidos por las Comunidades Europeas fueron los siguientes: primero, que el carbadox y el olaquinox no son hormonas y actúan de manera diferente; segundo, que el carbadox y el olaquinox actúan como estimulantes del crecimiento combatiendo el desarrollo de bacterias; tercero, que el carbadox y el olaquinox sólo están disponibles en piensos preparados en dosis preestablecidas; cuarto, que no existen sustancias alternativas para el carbadox y el olaquinox; quinto, que no se puede abusar del carbadox; y sexto, que el carbadox se utiliza en cantidades muy pequeñas y es de difícil absorción. Comunicación del apelante - CE, párrafos 529 a 548.

¹³¹Informe del Grupo Especial - EE.UU., párrafos 8.231 a 8.238; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.234 a 8.240.

¹³²Véanse los párrafos 227-235 del presente Informe.

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 o técnicas, ni el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF*, ni el artículo 13 del ESD impiden a los grupos especiales consultar a distintos expertos. Antes bien, tanto el *Acuerdo MSF* como el ESD dejan a la razonable discreción de un grupo especial la determinación de si el establecimiento de un grupo consultivo de expertos es necesario o adecuado.

148. Tanto el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* como el párrafo 2 del artículo 13 del ESD exigen que los grupos especiales consulten a las partes en la diferencia durante la selección de los expertos. Sin embargo, ninguno de los participantes en esta apelación pretende que el Grupo Especial no los consultó en el momento de designar a los expertos. Además, no se discute que los expertos fueron seleccionados de conformidad con procedimientos a los que todos los participantes habían dado su acuerdo previo.¹³⁵ También es indiscutible que entre los expertos consultados por el Grupo Especial hay nacionales de cada una de las partes en la diferencia. Las normas y procedimientos que figuran en el apéndice 4 del ESD rigen en situaciones en que se han establecido grupos consultivos de expertos. Sin embargo, esta situación no se da en el caso presente. En consecuencia, una vez que el grupo especial ha decidido recabar la opinión de distintos expertos y científicos, no existe obstáculo jurídico alguno para que el grupo especial formule, en consulta con las partes en la diferencia, normas *ad hoc* para esos procedimientos en particular.

149. Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que en la selección y empleo de expertos, el Grupo Especial no ha actuado de manera incompatible con el artículo 11, con el párrafo 2 del artículo 13, con el apéndice 4 del ESD ni con el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF*.

B. *Derechos de terceros adicionales para los Estados Unidos y el Canadá*

150. Las Comunidades Europeas aducen que, a pesar de su protesta de que esas decisiones afectan a sus derechos de defensa, el Grupo Especial adoptó una serie de decisiones que garantizan derechos de terceros adicionales al Canadá y a los Estados Unidos que no se justifican según el párrafo 3 del artículo 9, son incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 7, con el párrafo 2 del artículo 18 y con el párrafo 3 del artículo 10 del ESD y no han sido concedidos a otros terceros.¹³⁶ Recordamos que las Comunidades Europeas se refieren a las decisiones siguientes del Grupo Especial: primero,

¹³⁵Informe del Grupo Especial - EE.UU., párrafos 6.1 a 6.10; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 6.1 a 6.9.

¹³⁶Comunicación del apelante - CE, párrafos 605 y 612.

celebrar una reunión conjunta con expertos científicos; segundo, dar acceso a toda la información presentada en los Estados Unidos con destino al Canadá; tercero, dar acceso a toda la información presentada en el Canadá con destino a los Estados Unidos; y cuarto, invitar a los Estados Unidos a participar como observador y a hacer una declaración en la segunda reunión sustantiva en el procedimiento iniciado por el Canadá.

151. El párrafo 3 del artículo 9 del ESD dice lo siguiente:

Si se establece más de un grupo especial para examinar las reclamaciones relativas a un mismo asunto, en la medida en que sea posible actuarán las mismas personas como integrantes de cada uno de los grupos especiales, y se armonizará el calendario de los trabajos de los grupos especiales que se ocupen de esas diferencias.

Después de examinar el curso del procedimiento de las dos diferencias, consideramos que cabe destacar cuatro aspectos. Primero, ambos procedimientos se ocupan del mismo asunto. Segundo, todas las partes en ambas diferencias están de acuerdo en que las mismas personas actúen en ambos procedimientos. Tercero, aunque el procedimiento incoado por el Canadá se inició varios meses después que el iniciado por los Estados Unidos, el Grupo Especial consiguió terminar los informes de los Grupos Especiales al mismo tiempo. Cuarto, habida cuenta de que las mismas personas se ocupaban de dos procedimientos que trataban del mismo asunto, ni el Canadá ni los Estados Unidos eran terceros ordinarios en la alegación de la otra parte.

152. Respecto de la decisión del Grupo Especial de celebrar una reunión conjunta con expertos científicos, el Grupo explica lo siguiente:

Antes de celebrar nuestra reunión con los expertos, decidimos que se tratara de una reunión conjunta para este Grupo Especial, solicitado por el Canadá, y para el Grupo Especial paralelo cuyo establecimiento habían solicitado los Estados Unidos. Esta decisión se basó en las similitudes entre ambos asuntos (se examinaban las mismas medidas de las CE y los integrantes de los Grupos Especiales que se ocupaban de uno y otro asunto eran los mismos), en nuestra decisión de recurrir en ambos casos a los mismos expertos y en el hecho de que habíamos ya decidido invitar al Canadá y a los Estados Unidos a participar en la reunión con los expertos en uno y otro caso. Además, consideramos que, desde una perspectiva práctica, era necesario evitar en nuestras reuniones con los expertos la repetición de argumentos y/o preguntas. Las Comunidades Europeas se opusieron a esta decisión, alegando que el hecho de mantener una reunión conjunta con los expertos, en lugar de dos reuniones separadas podría, afectar a sus derechos procesales de defensa. En la medida en que pusieron de manifiesto la existencia de un perjuicio concreto para su derecho de defensa, adoptamos las oportunas medidas correctivas.¹³⁷

¹³⁷Véase también Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.14. Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.18.

Consideramos que la explicación del Grupo Especial es perfectamente razonable, y que su decisión de celebrar una reunión conjunta con los expertos científicos es coherente con la letra y el espíritu del párrafo 3 del artículo 9 del ESD. Sin duda, sería un empleo antieconómico de tiempo y de recursos obligar al Grupo Especial a celebrar dos reuniones sucesivas pero separadas en las que se reuniera dos veces al mismo grupo de expertos, a expresar sus puntos de vista dos veces respecto de los mismos asuntos científicos y técnicos relacionados con las mismas medidas que impugnan las CE. No creemos que el Grupo Especial haya incurrido en error al abordar las objeciones procesales de las CE únicamente cuando las Comunidades Europeas pueden formular una alegación concreta de daño. Para nosotros es evidente que una objeción procesal suscitada por una parte en una diferencia debe ser suficientemente específica para permitir que la aborde el grupo especial.¹³⁸

153. La decisión del Grupo Especial de utilizar toda la información y proporcionarla a las partes en ambas diferencias se adoptó teniendo en cuenta su anterior decisión de celebrar una reunión conjunta con expertos.¹³⁹ Las Comunidades Europeas afirman que no entienden cómo puede el hecho de proporcionar información en uno de los procesos a una parte en el otro proceso contribuir a armonizar los calendarios.¹⁴⁰ Podemos ver una relación entre la armonización de los calendarios en el sentido del párrafo 3 del artículo 9 del ESD y la economía de esfuerzos. En las diferencias en que la evaluación de los datos y opiniones de carácter científico desempeña un papel significativo, el grupo especial que se establezca más tarde puede aprovechar la información reunida en el contexto de la documentación del grupo especial establecido anteriormente. Tener acceso a una fuente común de información permite al grupo especial y a las partes ahorrar tiempo evitando la duplicación de la compilación y análisis de información ya presentada en el otro proceso.¹⁴¹ El párrafo 3 del artículo 3 del ESD reconoce la importancia de evitar demoras innecesarias en el proceso de solución de diferencias y afirma que la pronta solución de las diferencias es esencial para el funcionamiento de la OMC. En este caso en particular, el Grupo Especial trató de evitar demoras innecesarias, mediante un esfuerzo para cumplir

¹³⁸Además, el ESD, y más concretamente su Apéndice 3, deja a los grupos especiales un margen de discreción para ocuparse, siempre con sujeción al debido proceso legal, de situaciones concretas que pueden surgir en un determinado caso y que no estén reguladas explícitamente. En este contexto, un apelante que solicite al Órgano de Apelación que anule un dictamen de un grupo especial sobre cuestiones procesales debe demostrar el perjuicio causado por ese dictamen jurídico.

¹³⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.15; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.19.

¹⁴⁰Comunicación del apelante - CE, párrafo 610.

¹⁴¹Además, en el proceso iniciado por el Canadá, las Comunidades Europeas hicieron referencia a documentación que ya habían presentado anteriormente en el proceso iniciado por los Estados Unidos. Comunicación del apelante - Canadá, párrafo 216.

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 asistir como observador a nuestra segunda reunión en este asunto y de formular una breve declaración al final de la reunión.¹⁴²

La explicación del Grupo Especial nos parece razonable. Si el Grupo Especial no hubiera dado oportunidad a los Estados Unidos de participar en la segunda reunión sustantiva del proceso incoado por el Canadá, los Estados Unidos no hubieran tenido tantas oportunidades de comentar los puntos de vista expuestos por los expertos científicos como habían tenido las Comunidades Europeas y el Canadá. Aunque el párrafo 1 del artículo 12 y el apéndice 3 del ESD no requieren específicamente que el Grupo Especial conceda esta oportunidad a los Estados Unidos, creemos que esta decisión queda a la razonable discreción y autoridad del Grupo Especial, sobre todo si éste la considera necesaria para garantizar a todas las partes un proceso con las debidas garantías legales. A este respecto, observamos que en *Comunidades Europeas - Bananos*¹⁴³, el Grupo Especial consideró que circunstancias particulares justificaban la concesión a terceros de derechos algo más amplios que los explícitamente previstos en el artículo 10 y el Apéndice 3 del ESD. Llegamos a la conclusión de que, en el asunto que nos ocupa, las circunstancias justificaron la decisión del Grupo Especial de permitir que los Estados Unidos participaran en la segunda reunión sustantiva del proceso incoado por el Canadá.

¹⁴²Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.20.

¹⁴³Decisión adoptada el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R.

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 incurrió en error al basar en el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* la parte principal de su razonamiento relativa a una alegación que los demandantes no habían hecho.¹⁴⁴ Según las Comunidades Europeas, los demandantes no se quejan de una supuesta diferencia de trato entre las hormonas añadidas artificialmente o las hormonas naturales y sintéticas exógenas cuando se usan para estimular el crecimiento por comparación con las hormonas endógenas que están presentes naturalmente en la carne sin tratar y en otros alimentos (como la leche, las coles, el brécol o los huevos). Las Comunidades Europeas manifiestan que en ningún lugar de las secciones de los informes de los Grupos Especiales en que se resumen los argumentos relativos al párrafo 5 del artículo 5 figura mención alguna de ese argumento.

156. Al considerar que en la petición de que se creara un grupo especial en el proceso iniciado por los Estados Unidos¹⁴⁵, así como en el proceso incoado por el Canadá¹⁴⁶, ambos demandantes incluyen una alegación de que la prohibición de las CE es incompatible con el artículo 5 del *Acuerdo MSF*, creemos que la objeción de las Comunidades Europeas no tiene en cuenta la distinción entre las alegaciones jurídicas que exige el demandante y los argumentos que emplea ese demandante para sustanciar sus alegaciones jurídicas. En *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, dijimos:

En el caso *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado* afirmamos que todas las alegaciones deben estar incluidas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial para que queden comprendidas en el mandato de éste, sobre la base de la práctica de los Grupos Especiales constituidos en el marco del GATT de 1947 y de los Códigos de la Ronda de Tokyo. Esa práctica anterior exigía que, para formar parte del "asunto" sometido al examen de un Grupo Especial, una alegación tenía que estar incluida en los documentos aludidos en el mandato o contenida en éste. Siguiendo esta práctica anterior y aplicando las disposiciones del ESD, hicimos observar en el caso *Comunidades Europeas - Bananos* que hay una importante diferencia entre las *alegaciones* identificadas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, que determinan el mandato de éste de conformidad con el artículo 7 del ESD, y los *argumentos* que apoyan esas alegaciones, que se exponen y aclaran progresivamente en las primeras

¹⁴⁴Comunicación del apelante - CE, párrafos 495 y 594.

¹⁴⁵WT/DS26/6, 25 de abril de 1996.

¹⁴⁶WT/DS48/5, 17 de septiembre de 1996.

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 abordar alegaciones jurídicas que quedan fuera del ámbito de su mandato. Sin embargo, en el ESD no hay nada que limite la facultad de un grupo especial para utilizar libremente los argumentos presentados por una cualquiera de las partes - o desarrollar su propio razonamiento jurídico, para apoyar sus propias opiniones y conclusiones sobre el asunto sometido a su consideración. Puede darse el caso de que un Grupo Especial no pueda realizar una evaluación objetiva del asunto, como dispone el artículo 11 del ESD, si en su razonamiento tiene que limitarse exclusivamente a utilizar argumentos presentados por las partes en la diferencia. Como quiera que en este caso en particular ambos demandantes pretendían que las medidas de las CE eran incompatibles con el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial no emitió ningún dictamen legal que no hubiera sido solicitado por las partes.

X. Interpretación de los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF

157. Las Comunidades Europeas apelan la conclusión del Grupo Especial de que, al mantener MSF que no se basan en normas internacionales vigentes sin justificación en virtud del párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas han actuado en forma incompatible con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 3 del mencionado Acuerdo.

158. Más adelante veremos que el Grupo Especial dice en realidad que las Comunidades Europeas actuaron de manera incompatible con las disposiciones de los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, una posición que se deriva de la opinión del Grupo Especial de una supuesta relación "norma general - excepción" entre los párrafos 1 y 3 del artículo 3, un punto de vista que, como hemos indicado, no compartimos.¹⁴⁸

159. Esta conclusión del Grupo Especial consta de tres elementos: primero, que existen normas, directrices y recomendaciones internacionales para la carne y productos cárnicos procedentes de ganado al que se han administrado, para fines de crecimiento, cinco de las hormonas de que aquí se trata; segundo, que las medidas comunitarias de que aquí se trata no están basadas en las normas, directrices

¹⁴⁷Texto adoptado el 16 de enero de 1998, WT/DS50/AB/R, párrafo 88.

¹⁴⁸Véanse los párrafos 104 y 106 del presente Informe.

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 internacionales con las medidas que estén en conformidad con esas normas. Por su parte, el párrafo 3 del artículo 3 establece expresamente una relación entre la definición de medidas sanitarias basadas en normas internacionales y el nivel de protección sanitaria que se lograría con tales medidas. El párrafo 3 del artículo 3 establece los requisitos que debe cumplir un Miembro para establecer o mantener determinadas medidas sanitarias que no estén basadas en normas internacionales. Más concretamente, ese precepto se refiere a las medidas "que representen un nivel de protección sanitaria ... más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas ... internacionales pertinentes" o "que representen un nivel de protección sanitaria ... diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas ... internacionales". En consecuencia, uno de los factores determinantes de la decisión acerca de si una medida está o no basada en una norma internacional es el nivel de protección que se logra con la medida. Del párrafo 3 del artículo 3 se infiere que, en principio, con todas las medidas basadas en una norma internacional determinada se lograría el mismo nivel de protección sanitaria. En consecuencia, cuando una norma internacional represente un determinado nivel de protección sanitaria y una*

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 párrafos del mismo artículo. Así, en el párrafo 2 del artículo 2 se utiliza la expresión "basadas en" mientras que en el párrafo 4 del mismo artículo 2 se utiliza "están en conformidad con". El párrafo 1 del artículo 3 dispone que los Miembros "basarán" sus medidas

¹⁴⁹Informe del Grupo Especial, Estados Unidos, párrafos 8.72 y 8.73; Informe del Grupo Especial, Canadá, párrafos 8.75 y 8.76.

¹⁵⁰L. Brown (ed.), *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Clarendon Press), Vol. I, p.187. Véase también el Diccionario de la Lengua Española, de la R.A.E., 21ª Ed. Madrid 1992.

¹⁵¹L. Brown (ed.), *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Clarendon Press), Vol. I, p. 477. Véase también el Diccionario de la Lengua Española, de la R.A.E., 21ª Ed. Madrid 1992.

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 de los Miembros que negociaron y redactaron ese Acuerdo.¹⁵² El Canadá ha sugerido que el empleo de expresiones diferentes fue en el caso presente "accidental", pero no ha ofrecido ningún argumento convincente en favor de esta sugerencia. No creemos que con ella se haya rebatido la inferencia de una opción deliberada.

165. En tercer lugar, el objeto y propósito del artículo 3 son contrarios a la interpretación del Grupo Especial. El propósito, según se estipula en el párrafo 1 del artículo 3, es "*armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias ...*". En el Preámbulo del *Acuerdo MSF* también consta que los Miembros "[desean] *fomentar la utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros* sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes ..." (sin itálicas en el original). En virtud del párrafo 1 del artículo 12 se creó un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias al que se encomendó la tarea de, entre otras cosas, "*la consecución de sus objetivos, especialmente en materia de armonización*" y (en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 12) la de "[*fomentar*] *la utilización por todos los Miembros de normas, directrices o recomendaciones internacionales*". Nos parece claro que la armonización de las MSF de los Miembros sobre la base de normas internacionales se propone en el Acuerdo como una *meta* que, sin embargo, ha de conseguirse *en el futuro*. Interpretar que el párrafo 1 del artículo 3 exige a los Miembros armonizar sus MSF *poniendo esas medidas en conformidad con las normas, directrices y recomendaciones internacionales, aquí y ahora*, es, en realidad, atribuir una fuerza y efecto *obligatorios* a esas normas, directrices y recomendaciones internacionales (que, según los términos del Codex, son por su forma y naturaleza *recomendadas*).¹⁵³ En otras palabras, la interpretación que hace el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 3 convertiría esas normas, directrices y recomendaciones en *normas obligatorias*. Sin embargo, como antes se ha hecho observar, en el *Acuerdo MSF* no hay indicación ninguna de que los Miembros tuvieran la intención de que lo fueran. No podemos suponer a la ligera que Estados soberanos tuvieran la intención de

¹⁵²Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ropa interior*, adoptado el 25 de febrero de 1997, WT/DS24/AB/R, página 19.

¹⁵³Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos*, párrafo 8.59; Informe del Grupo Especial, *Canadá*, párrafo 8.62.

imponerse a sí mismos la obligación más onerosa, más bien que la menos pesada, haciendo obligatoria la *conformidad* con esas normas, directrices o recomendaciones o el *cumplimiento* de ellas.¹⁵⁴ Para sustanciar tal supuesto o una interpretación de tan largo alcance, sería necesario que en el tratado se utilice un lenguaje mucho más concreto e imperativo que el del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.

166. Por consiguiente, no coincidimos con la interpretación del Grupo Especial de que "basadas en" significa lo mismo que "estén en conformidad con".

167. Después de haber "equiparado" erróneamente las medidas "basadas en" una norma internacional con las medidas que "estén en conformidad con" esa norma¹⁵⁵, el Grupo Especial pasa al párrafo 3 del artículo 3. Según el Grupo Especial, el párrafo 3 del artículo 3 "establece expresamente una relación entre la definición de medidas sanitarias *basadas en* normas internacionales y el nivel de protección sanitaria que se lograría con tales medidas". Seguidamente el Grupo Especial interpreta que el *párrafo 3 del artículo 3* dice que "*en principio*, con todas las medidas basadas en una norma internacional determinada se lograría *el mismo* nivel de protección sanitaria", y arguye *a contrario* que "cuando una medida sanitaria implique un nivel *diferente* (del que refleja una norma internacional), no cabe considerar que esa medida está *basada en* la norma internacional" (las cursivas figuran en el original). El Grupo Especial concluye que, en virtud del *párrafo 1 del artículo 3*, "para que una medida sanitaria

¹⁵⁴El principio de interpretación *in dubio mitius*, ampliamente reconocido en el derecho internacional como "medio complementario de interpretación", se ha expresado en los términos siguientes:

"El principio *in dubio mitius* se aplica para interpretar los tratados, por deferencia a los Estados soberanos. Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes."

R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. I (Longman, 1992), p. 1278. La jurisprudencia pertinente incluye los casos siguientes: *Caso de las pruebas nucleares (Australia c. Francia)*, (1974), *Informes de la C.I.J.*, p. 267 (Corte Internacional de Justicia); *Acceso de los buques de guerra polacos al puerto de Danzig* (1931) Serie de la C.P.J.I A/B, N° 43, p. 142 (Corte Permanente de Justicia Internacional); *Arbitraje EE.UU. - Francia sobre los Servicios de Transporte Aéreo*, (1963) 38 *Informes Jurídicos Internacionales* 243 (Tribunal de Arbitraje); *Reclamación De Pascale*, (1961) 40 *Informes Jurídicos Internacionales* 250 (Comisión de Conciliación Italo - Estadounidense). Véanse también: Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed. (Clarendon Press, 1990), p. 631; C. Rousseau, *Droit International Public*, Vol. I (22, Rue Soufflot Paris V, 1990), p. 273; D. Carreau, *Droit International*, 4th ed. (Editions A. Pedone, 1994) p. 142; M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 9th ed., Vol. I (Editorial Tecnó, 1991), pp. 163-164; B. Conforti, *Diritto Internazionale*, 3rd ed. (Editoriale Scientifica, 1987), pp. 99-100.

¹⁵⁵Informe del Grupo Especial, Estados Unidos, párrafo 8.72; Informe del Grupo Especial, Canadá, párrafo 8.75.

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 pertinente.

170. En virtud del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, todo Miembro puede decidir promulgar una medida sanitaria o fitosanitaria que esté en conformidad con una norma internacional. Esa medida incorporará la norma internacional en su totalidad y, a efectos prácticos, la convierte en una norma interna. Tal medida goza del beneficio de una presunción (aunque rebatible) de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* y del GATT de 1994.

171. En virtud del párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, todo Miembro puede optar por establecer una medida sanitaria o fitosanitaria que esté basada en una norma, directriz y recomendación internacional existente que sea pertinente. Tal medida puede adoptar algunos de los elementos, aunque no necesariamente todos, de la norma internacional. El Miembro que impone esa medida no se beneficia de la presunción de compatibilidad establecida en el párrafo 2 del artículo 3; pero, como antes se ha señalado, el Miembro no se ve penalizado por el hecho de que se reconozca a un Miembro reclamante

¹⁵⁶Informe del Grupo Especial, Estados Unidos, párrafo 8.73; Informe del Grupo Especial, Canadá, párrafo 8.76.

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. El nivel adecuado de protección en ese Miembro puede ser superior al que implica la norma internacional. El derecho de un Miembro a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria es un derecho importante. Así se pone de relieve en el sexto párrafo del Preámbulo del *Acuerdo MSF*:

Los Miembros,

...

Deseando fomentar la utilización de medidas sanitarias y fitosanitarias armonizadas entre los Miembros, sobre la base de normas, directrices y recomendaciones internacionales elaboradas por las organizaciones internacionales competentes, entre ellas la Comisión del Codex Alimentarius, la Oficina Internacional de Epizootias y las organizaciones internacionales y regionales competentes que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, sin que ello requiera que los Miembros modifiquen su nivel adecuado de protección de la vida o la salud de las personas y de los animales o de preservación de los vegetales;
(subrayado añadido)

Como se observó antes, este derecho de un Miembro de establecer su propio nivel de protección sanitaria en virtud del párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* constituye un derecho autónomo y *no* una excepción de la obligación general prevista en el párrafo 1 del mismo artículo.

C. *Las prescripciones del párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF.*

173. Sin embargo el derecho de todo Miembro a definir su nivel de protección adecuado no es un derecho absoluto u omnímodo. Lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 3 también pone de manifiesto lo siguiente:

Los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5.² Ello no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se

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 Europeas aducen que el párrafo 3 del artículo 3 cubre dos situaciones y que sus medidas sanitarias o fitosanitarias se encuentran en la primera de ellas.¹⁵⁷ Se afirma que las Comunidades Europeas han mantenido medidas MSF "que representan un nivel de protección ... más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones pertinentes" del Codex, para las cuales "existe una justificación científica".¹⁵⁸ En consecuencia, se aduce también que el requisito de una evaluación del riesgo, estipulado en el párrafo 1 del artículo 5, no se aplica a las Comunidades Europeas. Al mismo tiempo, se insiste en que las medidas comunitarias han satisfecho las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2.¹⁵⁹

175. Evidentemente, el párrafo 3 del artículo 3 no es un modelo de claridad de redacción y exposición. El empleo de la disyuntiva "o" indica que se pretende cubrir dos situaciones. Estas son el establecimiento o el mantenimiento de medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección más elevado:

- a) "si existe una justificación científica"; o
- b) "si ello es consecuencia del nivel de protección ... que el Miembro de que se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5".

Es cierto que la situación a) no se refiere a los párrafos 1 a 8 del artículo 5. Ello no obstante, deben señalarse dos aspectos. Primero, la última frase del párrafo 3 del artículo 3 exige que todas "las medidas que representen un nivel [más elevado] de protección", es decir, las medidas comprendidas en la situación a) igual que las comprendidas en la situación b) "no habrán de ser incompatibles con ninguna

¹⁵⁷Comunicación del apelante - CE, párrafos 240 - 244.

¹⁵⁸Párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.

¹⁵⁹Comunicación del apelado - CE, párrafo 88.

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, define la "justificación científica" como un "examen y evaluación de la información científica disponible en conformidad con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo ...". Ese examen y evaluación parecen participar de la naturaleza de la evaluación del riesgo exigida en el párrafo 1 del artículo 5 y definida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

176. En conjunto, coincidimos con la constatación del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas, si bien han establecido para sí mismas un nivel de protección más elevado, o más exigente, que el nivel de protección resultante de las normas, directrices o recomendaciones pertinentes del Codex estaban obligadas a cumplir las prescripciones establecidas en el párrafo 1 del artículo 5. No se nos pasa por alto que esta constatación tiende a sugerir que la distinción hecha en el párrafo 3 del artículo 3 entre las dos situaciones puede tener efectos muy limitados y puede, en esa medida, ser más aparente que real. Su lenguaje complicado y estratificado no nos deja en realidad otra opción.

177. La consideración del objeto y propósito del artículo 3 del *Acuerdo MSF* en su conjunto refuerza nuestro convencimiento de que el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 se pretendió como factor de contrapeso en relación con el derecho de los Miembros a establecer su nivel adecuado de protección. En términos generales, el objeto y propósito del artículo 3 es promover la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias de los Miembros en el mayor grado posible, reconociendo y salvaguardando al mismo tiempo el derecho y el deber de los Miembros a proteger la vida y la salud de sus poblaciones. La meta última de la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias es impedir que tales medidas puedan utilizarse para discriminar de manera arbitraria o injustificable entre los Miembros o como restricción encubierta del comercio internacional, sin poner obstáculos a que los Miembros puedan adoptar o aplicar medidas que a la vez son "necesarias para proteger" la vida o la salud de las personas y "están basadas en principios científicos", y sin exigirles que modifiquen su nivel adecuado de protección. El requisito de una evaluación del riesgo, estipulado en el párrafo 1 del artículo 5, y el de los "testimonios científicos suficientes" a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 2, son esenciales para mantener el equilibrio delicado y cuidadosamente negociado en el *Acuerdo MSF* entre los intereses compartidos, aunque algunas veces competidores, de promover el comercio internacional y proteger la vida y la salud de los seres humanos. Llegamos a la conclusión de que la constatación del Grupo Especial de que el párrafo 3 del artículo 3 exige a las Comunidades Europeas cumplir las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 es correcta y, en consecuencia, desestimamos la apelación de las Comunidades Europeas contra esa resolución del Grupo Especial.

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 segunda consideración preliminar se refiere al esfuerzo del Grupo Especial por hacer una distinción entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo". El Grupo señaló que una evaluación del riesgo es, al menos en lo que respecta a los riesgos para la salud o la vida de las personas, un examen "científico" de datos y estudios fácticos, y no, en opinión del Grupo Especial, un proceso de política general que implique la formulación de juicios sociales de valor por organismos políticos¹⁶¹. El Grupo Especial describe estos últimos como "no científicos" y referidos a la "gestión de riesgo" más que a la "evaluación del riesgo".¹⁶² Debemos hacer hincapié, a este respecto, en que el artículo 5 y el Anexo A del *Acuerdo MSF* hablan sólo de "evaluación de riesgo" y que la expresión "gestión de riesgo" no se encuentra ni en el artículo 5 ni en ninguna otra disposición del *Acuerdo MSF*. En consecuencia, la distinción que hace el Grupo Especial, que manifiestamente utiliza para establecer o apoyar lo que resulta ser una noción restrictiva de la evaluación de riesgo, no se basa en ningún texto. La regla fundamental de la interpretación de los tratados exige que el intérprete de un tratado lea e interprete las palabras efectivamente utilizadas en el acuerdo objeto del examen y no las palabras que el intérprete pueda considerar que se deberían haber utilizado.

1. La evaluación del riesgo y la noción de "riesgo"

182. El párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* establece la definición del tratado de evaluación del riesgo: Esta definición, en la medida que guarda relación con la presente apelación, habla de:

... evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas o de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos (subrayado añadido).

183. Al interpretar la definición citada, el Grupo Especial considera la evaluación de los riesgos como un proceso de dos etapas que "debería i) *identificar los efectos perjudiciales* para la salud de las personas (en su caso) resultantes de la presencia *en la carne* ... de las hormonas en cuestión cuando se han utilizado para estimular el crecimiento, y ii) en caso de que existan tales efectos perjudiciales, *evaluar la posibilidad* o probabilidad de que se produzcan esos efectos".¹⁶³

¹⁶¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.94; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.97.

¹⁶²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.95; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.98.

¹⁶³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.98; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.101.

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 gama estadística de 0 a 1 entre un millón y no un riesgo identificado científicamente".¹⁶⁶ Las Comunidades Europeas protestan enérgicamente afirmando que, al hacerlo así, el Grupo Especial está de hecho pidiendo a un Miembro que realice una evaluación del riesgo que cuantifique la posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales para la salud de las personas.¹⁶⁷

186. No está claro en qué sentido emplea el Grupo Especial la expresión "riesgo identificado científicamente". El Grupo Especial utiliza también frecuentemente la expresión "riesgo identificable"¹⁶⁸, y no define tampoco esta expresión. Podría alegarse que el Grupo Especial ha utilizado las expresiones "riesgo identificado científicamente" y "riesgo identificable" simplemente para referirse a un riesgo verificable: ¿si un riesgo no es verificable, cómo puede saber o demostrar un miembro que existe? En una parte de sus informes, el Grupo Especial opone la prescripción de un "riesgo identificable" a la incertidumbre que teóricamente siempre existe puesto que la ciencia no puede *nunca* aportar una certidumbre *absoluta* de que una determinada sustancia no tenga en *algún caso* efectos perjudiciales

¹⁶⁴En el diccionario el significado de "potential" es "that which is possible as opposed to actual; a possibility"; L. Brown (ed.), *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, volumen 2, página 2310 (Clarendon Press, 1993). En cambio, "probability" se refiere a "degrees of likelihood; the appearance of truth, or likelihood of being realized", y "a thing judged likely to be true, to exist, or to happen"; *Ibid*, página 2362.

¹⁶⁵Párrafo 819 del anexo de los informes del Grupo Especial - Estados Unidos y Canadá .

¹⁶⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, nota de pie de página 331; Informe del Grupo Especial - Canadá, nota de pie de página 437.

¹⁶⁷Comunicación del apelante - CE, párrafos 392-397.

¹⁶⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.124, 8.134, 8.136, 8.151, 8.153, 8.161, 8.162; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.127, 8.137, 8.139, 8.154, 8.156, 8.164, 8.165.

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 decir, un modo de estudiar y clasificar hechos y opiniones, la declaración del Grupo

¹⁶⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.152-8.153; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.155-8.156.

¹⁷⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, nota de pie de página 331; informe del Grupo Especial - Canadá, nota de pie de página 437.

¹⁷¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.107; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.110.

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 definiciones del diccionario, incluye "relacionado con o utilizado en la ciencia", "en general, que tiene o que parece tener una base exacta, objetiva, fáctica, sistemática o metodológica", "que guarda relación con los métodos o principios de la ciencia o los revela" y "que está relacionado con la metodología científica, la utiliza o se basa en ella". Entre otras definiciones de la "ciencia" que figura en los diccionarios cabe mencionar las siguientes "la observación, identificación, descripción, investigación experimental y explicación teórica de los fenómenos naturales", "cualquier actividad metodológica, disciplina o estudio" y "el conocimiento adquirido a través del estudio o de la práctica". (Se omiten las notas de pie de página) *United States Statement of Administrative Action, Uruguay Round Agreements Act, 203º Congreso, segundo período de sesiones, House Document 103-316, volumen 1, 27 de septiembre de 1994, página 90.*

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 en cualquier otro momento posterior*".¹⁷⁴ (sin itálicas en el original) En consecuencia, el Grupo Especial sostiene que esos estudios no se pueden considerar como parte de una evaluación del riesgo en la que las Comunidades Europeas basen sus medidas objeto de la diferencia. Al llegar a la conclusión de que las Comunidades Europeas no han aportado las pruebas de que ha cumplido los "requisitos mínimos de procedimiento" que figuraban en el párrafo 1 del artículo 5, el Grupo Especial sostiene que las medidas de la CE son incompatibles con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5.

189. Nos vemos obligados a señalar que, como el propio Grupo Especial reconoce, en el artículo 5 del *Acuerdo MSF* no existe ningún texto que sirva de base a esos "requisitos mínimos de procedimiento". Las palabras "que se basen en", cuando son aplicadas como un "requisito mínimo de procedimiento" por el Grupo Especial, puede considerarse que se refieren a un acto humano, como cuando un particular "tiene en cuenta" un documento descrito como una evaluación del riesgo. Así pues, el Grupo Especial emplea manifiestamente "tener en cuenta" para referirse a cierta subjetividad que, en determinado momento, puede darse en determinados individuos pero que, a final de cuentas, puede ser totalmente rechazada por esos individuos. Consideramos que es adecuado suponer que "se basen en" se refiere a cierta *relación objetiva* entre dos elementos, es decir, a una *situación objetiva* que se mantiene y es observable entre una medida sanitaria o fitosanitaria y una evaluación del riesgo. Esa referencia está con toda seguridad abarcada en el sentido corriente de las palabras "basarse en" y, cuando se considera en el contexto y a la luz del objetivo y la finalidad del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, puede considerarse que es más adecuada que "tener en cuenta". No compartimos la interpretación del Grupo Especial y creemos que es innecesaria y también un error jurídico.

190. El párrafo 1 del artículo 5 no insiste en que un Miembro que adopta una medida sanitaria habrá realizado su propia evaluación del riesgo. Sólo exige que las medidas sanitarias y fitosanitarias "se basen en una evaluación, adecuada a las circunstancias ...". La medida sanitaria o fitosanitaria muy bien podría tener su justificación objetiva en una evaluación del riesgo realizada por otro Miembro o por una organización internacional. El "requisito mínimo de procedimiento", según la interpretación del Grupo Especial, podría inducir a eliminar u omitir las pruebas científicas existentes que racionalmente

¹⁷³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.113; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.116.

¹⁷⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.114; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.117.

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. El *Acuerdo MSF* no exige, por supuesto, esos preámbulos; éstos no se utilizan normalmente para demostrar que un Miembro ha cumplido con las obligaciones que le incumben con arreglo a los acuerdos internacionales. La falta de cualquier mención de estudios científicos en las secciones preliminares de las Directivas de las CE no prueba, por consiguiente, nada en lo que al presente asunto se refiere.

2. Requisitos sustantivos del párrafo 1 del artículo 5 - Relación racional entre una medida sanitaria o fitosanitaria y una evaluación del riesgo

192. Habiendo dado por supuesto que el párrafo 1 del artículo 5 establece unos "requisitos mínimos de procedimiento", el Grupo Especial pasa a ocuparse de los "requisitos sustantivos" establecidos en el párrafo 1 del artículo 5 para determinar si las medidas de las CE "se basan" en una evaluación del riesgo. En opinión del Grupo Especial, esos "requisitos sustantivos" entrañan dos tipos de operaciones: primeramente, la identificación de las conclusiones científicas a que se ha llegado en la evaluación del riesgo y las conclusiones científicas implícitas en las medidas sanitarias y fitosanitarias; y en segundo lugar, el examen de esas conclusiones científicas para determinar si un conjunto de conclusiones corresponde o no, es decir, se conforma al segundo conjunto de conclusiones.¹⁷⁵ Aplicando los "requisitos sustantivos" que descubre en el párrafo 1 del artículo 5, el Grupo Especial sostiene que las conclusiones científicas implícitas en las medidas de las CE no están en conformidad con ninguna

¹⁷⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.117; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.120.

de las conclusiones científicas a que llegan los estudios científicos que las Comunidades Europeas han presentado como pruebas.¹⁷⁶

193. Consideramos que, en principio, el método del Grupo Especial de examinar las conclusiones científicas implícitas en la medida sanitaria o fitosanitaria objeto de consideración y la conclusión científica a que se llegue mediante una evaluación del riesgo es un enfoque útil. La relación entre estos dos conjuntos de conclusiones es ciertamente pertinente; sin embargo, no se les puede considerar pertinentes para excluir todo lo demás. Creemos que el párrafo 1 del artículo 5, cuando se lee dentro del contexto como debe ser, conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* e inspirado por él, exige que los resultados de la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente -es decir, apoyen razonablemente- la medida sanitaria o fitosanitaria que está en juego. El requisito de que una medida sanitaria o fitosanitaria "se base en" una evaluación del riesgo es un requisito sustantivo de que exista una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo.

194. No creemos que una evaluación del riesgo tenga que llegar a una conclusión monolítica que coincida con la conclusión o la opinión científica implícita en la MSF. La evaluación del riesgo podría establecer la opinión imperante que representa la "tendencia principal" de la opinión científica, así como las opiniones de los científicos que sostienen una opinión discrepante. El párrafo 1 del artículo 5 no exige que la evaluación del riesgo tenga que plasmar necesariamente sólo la opinión de una mayoría de la comunidad científica competente. En algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen puede indicar un estado de incertidumbre científica. Algunas veces la divergencia puede indicar un equilibrio aproximadamente igual de opinión científica, que en sí es quizá una forma de incertidumbre científica. En la mayoría de los casos, los gobiernos responsables y representativos suelen basar sus medidas legislativas y administrativas en la opinión científica "principal". En otros casos, gobiernos igualmente responsables y representativos pueden actuar de buena fe sobre la base de lo que puede ser, en un momento dado, una opinión discrepante procedente de fuentes competentes y respetadas. En sí, esto no es forzosamente un indicio de la falta de una relación razonable entre la MSF y la evaluación del riesgo, especialmente cuando el riesgo de que se trata tiene un carácter de amenaza contra la vida y se percibe como una amenaza clara e inminente contra la salud y la seguridad públicas. La determinación de la presencia o ausencia de esa relación sólo se puede efectuar caso por caso, después de tener en cuenta todas las consideraciones que racionalmente guardan relación con la cuestión de los posibles efectos adversos sobre la salud.

¹⁷⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.137; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.140.

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 Científico sobre Productos Alimenticios de las CE, basado en el informe del Grupo Científico de Trabajo sobre los Agentes Anabólicos en la Producción Pecuaria ("Informe Lamming");
- el Simposio organizado por la *Oficina Internacional de Epizootias* ("OIE") en 1983 sobre los Agentes Anabólicos en la Producción Pecuaria ("Simposio de la OIE de 1983");
- el Suplemento 7 de las Monografías de 1987 del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer ("CIIC") sobre la evaluación de los riesgos cancerogénicos para las personas ("Monografías del CIIC de 1987");
- los informes de 1988 y 1989 del JECFA;
- la Conferencia Científica de las Comunidades Europeas de 1995 sobre la estimulación del crecimiento en la producción de carne ("Conferencia Científica de las CE de 1995");
- los artículos y opiniones de varios científicos relativos a la utilización de hormonas (tres artículos en *The Journal Science*, un artículo en el *International Journal of Health Service*, un informe en *The Veterinary Record* y opiniones científicas del Dr. H. Adlercreutz, el Dr. E. Cavalieri, el Dr. S.S. Epstein, el Dr. J.G. Liehr, el Dr. M. Metzler, el Dr. Pérez-Comas y el Dr. A. Pinter, todos los cuales formaron parte de la delegación de las Comunidades Europeas en la reunión conjunta con los expertos).¹⁷⁷

196. A juicio del Grupo Especial, varios de los informes científicos mencionados reúnen los requisitos mínimos de una evaluación del riesgo, en particular, el "Informe Lamming" y los informes de 1988 y 1989 del JECFA. El Grupo Especial "da por supuesto", en consecuencia, que las Comunidades Europeas han demostrado la existencia de una evaluación del riesgo realizada de conformidad con el artículo 5 del *Acuerdo MSF*.¹⁷⁸ Simultáneamente, el Grupo Especial considera que la conclusión de esos informes científicos es que la utilización de las hormonas en cuestión (con la salvedad del MGA) para estimular el crecimiento es "inocua". El Grupo Especial declara lo siguiente:

¹⁷⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.108; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.111.

¹⁷⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.111; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.114.

... de ninguno de los testimonios científicos citados por las Comunidades Europeas que se ocupan específicamente de la inocuidad de todas o algunas de las hormonas en cuestión cuando se utilizan para estimular el crecimiento se desprende que de la utilización de esas hormonas conforme a las buenas prácticas se derive un riesgo identificable para la salud humana. En todos los estudios científicos antes reseñados se llegó a la conclusión de que la utilización de las hormonas en cuestión (con la salvedad del MGA, respecto del que no se presentó ningún testimonio) para estimular el crecimiento es inocua; en la mayoría de esos estudios se añade que esa conclusión supone la observancia de buenas prácticas ...¹⁷⁹

197. Prescindiendo de la dificultad que plantea la utilización por el Grupo Especial de la expresión "riesgo identificable", estamos de acuerdo en que los informes científicos más arriba enumerados no apoyan racionalmente la prohibición de las importaciones de las CE.¹⁸⁰

198. Con respecto a la opinión científica manifestada por el Dr. Lucier en la reunión conjunta con los expertos y tal como figura en el párrafo 819 del anexo a los informes del Grupo Especial - Estados Unidos y Canadá¹⁸¹, debemos señalar que esta opinión del Dr. Lucier no pretende ser el resultado de estudios científicos realizados por él mismo o bajo su supervisión y centrados específicamente en residuos de hormonas en la carne de ganado engordado con esas hormonas.¹⁸² En consecuencia, parecería que la única opinión discrepante manifestada por el Dr. Lucier no es razonablemente suficiente para rechazar las conclusiones contrarias a que se llegó en los estudios científicos mencionados por las Comunidades

¹⁷⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.124; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.127.

¹⁸⁰En los párrafos 97-109 del presente informe llegamos a la conclusión de que el Grupo Especial exigía erróneamente que las Comunidades Europeas asuman la carga de la prueba de que las hormonas de que aquí se trata, con excepción del MGA, se basan en una evaluación del riesgo. Decidimos que los Estados Unidos y el Canadá tienen que acreditar *prima facie* que esas medidas *no* se basan en una evaluación del riesgo. Sin embargo, después de efectuar un meticuloso examen del Informe del Grupo Especial, estamos convencidos de que los Estados Unidos y el Canadá, aunque no estaban obligados por el Grupo Especial a hacerlo así, acreditan *prima facie* de que las medidas sanitarias y fitosanitarias relativas a las hormonas en cuestión, con la salvedad del MGA, no se basan en una evaluación del riesgo.

¹⁸¹Este párrafo dice, en la parte correspondiente, lo siguiente:

Por cada millón de mujeres vivas hoy en día en los Estados Unidos, el Canadá y Europa, habrá alrededor de 110.000 que contraerán cáncer de mama. Evidentemente, esto constituye un inmenso problema de salud pública. De esas 110.000 mujeres que contraerán cáncer de mama, quizás haya varios miles en las que la enfermedad estará relacionada con la ingesta total de estrógenos de origen exógeno de todos los orígenes, incluidos los huevos, la carne, los fitoestrógenos, los estrógenos micóticos, toda la carga de estrógenos exógenos del organismo. Y, según mis estimaciones, uno de esos 110.000 casos se debería al consumo de carne que contiene estrógenos como estimuladores del crecimiento, si éstos se utilizan de acuerdo con lo prescrito.

¹⁸²Dando por supuesto que la estimación del Dr. Lucier es realista, vale la pena señalar que podría haber hasta 371 personas que, en las condiciones indicadas por el Dr. Lucier, contraerían cáncer en los Estados miembros de la Unión Europea. La población total de los Estados miembros de la Unión Europea en 1995 era de 371 millones.

Europeas relativos específicamente a los residuos de las hormonas en la carne de ganado al que se administraron hormonas para estimular el crecimiento.

199. Las Comunidades Europeas insisten en particular en las Monografías de 1987 del CIIC y los artículos y opiniones de varios científicos a que se ha hecho referencia más arriba.¹⁸³ El Grupo Especial observa, sin embargo, que los testimonios científicos que figuran en esas monografías y en esos artículos y opiniones se refieren al potencial carcinogénico de todas las *categorías* de hormonas, o de las hormonas en cuestión *en general*. Las monografías y los artículos y opiniones tienen, en otras palabras, carácter de estudios generales o de declaraciones sobre el potencial carcinogénico de las hormonas designadas. Las monografías y los artículos y opiniones de los científicos no han evaluado el potencial carcinogénico de esas hormonas cuando se utilizan específicamente *con el fin de estimular el crecimiento*. Además, no evalúan la posibilidad concreta de que se produzcan efectos carcinogénicos como consecuencia de la presencia *en "los alimentos"*, más específicamente, en "la carne o los productos cárnicos" de residuos de las hormonas en cuestión. El Grupo Especial observa también que, según los expertos científicos que le asesoraron, los datos y los estudios que figuran en esas Monografías de 1987 se tuvieron en cuenta en los informes de 1988 y 1989 del JECFA y que las conclusiones a que se llegó en las monografías del CIIC son complementarias de las conclusiones de los informes del JECFA, y no están en contradicción con ellas.¹⁸⁴ El Grupo Especial llega a la conclusión de que esas monografías y esos artículos y opiniones no bastan para apoyar las medidas de las CE en cuestión en la presente diferencia.

200. Creemos que las mencionadas conclusiones del Grupo Especial están justificadas. Las Monografías de 1987 del CIIC y los artículos y opiniones de varios científicos presentados por las Comunidades Europeas constituyen estudios generales que muestran, de hecho, la existencia de un riesgo general de cáncer; pero no se concentran en el tipo particular de riesgo que aquí se plantea - el potencial cancerogénico o genotóxico de los residuos de las hormonas encontrados en la carne de ganado al que se habían administrado las hormonas con el fin de estimular el crecimiento- ni tratan de ese tipo de riesgo, tal como se exige en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*. Esos estudios generales son, en otras palabras, pertinentes, pero no parece que sean lo suficientemente específicos con respecto al asunto de que se trata.

¹⁸³Párrafo 195 del presente informe.

¹⁸⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.129; informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.132.

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 sumamente pertinentes.¹⁸⁵ Sin embargo, las Monografías y los artículos y opiniones de diversos científicos no incluían ningún estudio que demostrara en qué medida el MGA está química y farmacológicamente relacionado con otras progestinas y qué efectos producirán realmente los residuos del MGA en los seres humanos cuando esos residuos se ingieren junto con la carne de ganado al que se ha administrado MGA con el fin de estimular el crecimiento. Se debe recordar a este respecto que ninguno de los otros documentos científicos presentados por las Comunidades Europeas se refiere al MGA, y que el Codex no ha elaborado ninguna norma, directriz o recomendación internacional relativa concretamente al MGA. Los Estados Unidos y el Canadá rehusaron presentar evaluaciones del MGA basándose en que la información de que tenían conocimiento era de dominio privado y de carácter confidencial. En otras palabras, en las deliberaciones del Grupo Especial había una ausencia casi total de testimonios sobre el MGA. En consecuencia, respaldamos la conclusión del Grupo Especial de que no existía ninguna evaluación del riesgo con respecto al MGA.

202. Los testimonios a que se hace referencia más arriba, presentados por las Comunidades Europeas, guardan relación con el riesgo bioquímico derivado de la ingestión por los seres humanos de residuos de las cinco hormonas de las que es cuestión en la carne tratada, cuando esas hormonas son administradas al ganado de conformidad con buenas prácticas veterinarias.¹⁸⁶ Las Comunidades Europeas mencionaron asimismo riesgos esencialmente conexos pero distinguibles, es decir, riesgos derivados del incumplimiento de los requisitos de la buena práctica veterinaria, en combinación con problemas múltiples relacionados con la detección y el control de esa falta abusiva en la administración de hormonas al ganado para estimular el crecimiento.

¹⁸⁵Comunicación del apelante - CE, párrafo 179 y siguientes.

¹⁸⁶Aunque la expresión utilizada en las Normas del Codex relativas a las tres hormonas naturales es *buenas prácticas de zootecnia* (Sección I, MRL, *Codex Alimentarius*, volumen 3, páginas 7, 12 y 14), el Glosario de Términos y Definiciones del *Codex Alimentarius* no contiene este término. En cambio, define el concepto:

"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 ser tenidos en cuenta en la evaluación del riesgo sino en la gestión del riesgo.¹⁸⁷ (subrayado añadido)

Además, el Grupo Especial considera que, dando por supuesto que esos factores podrían tenerse en cuenta en una evaluación del riesgo, las Comunidades Europeas no han aportado pruebas convincentes de que el control o la prevención del abuso de las hormonas de que aquí se trata resulte más difícil que el control de otros fármacos veterinarios, cuya utilización está autorizada en las Comunidades Europeas. Por otro lado, las Comunidades Europeas no han aportado pruebas de que el control resultaría más difícil en un régimen en el que las hormonas en cuestión estén autorizadas en determinadas condiciones que en el actual régimen de las CE de prohibición total tanto internamente como con respecto a la carne importada. El Grupo Especial termina diciendo que la prohibición de utilizar una sustancia no tiene por qué brindar una protección mayor a la salud humana que otras formas de reglamentar su utilización.¹⁸⁸

204. Las Comunidades Europeas apelan contra estas conclusiones del Grupo Especial principalmente por dos motivos: primeramente, que el Grupo Especial ha interpretado erróneamente el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; y, en segundo lugar, que el Grupo Especial no ha tenido en cuenta y ha distorsionado los testimonios presentados por las Comunidades Europeas.¹⁸⁹

¹⁸⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.146; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.149.

¹⁸⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.146; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.149.

¹⁸⁹Comunicación del apelante - CE, párrafos 399 y 401.

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 ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 5. Se debe recordar que ese párrafo prescribe que, al evaluar los riesgos, los Miembros tendrán en cuenta, además de "los testimonios científicos existentes", "los procesos y métodos de producción pertinentes; [y] los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba". Observamos también que el artículo 8 impone a los Miembros la obligación de observar "las disposiciones del Anexo C al aplicar procedimientos de control, inspección y aprobación ...". La nota de pie de página del Anexo C señala que "los procedimientos de control, inspección y aprobación comprenden, entre otros, los procedimientos de muestreo, prueba y certificación". Estimamos que esta redacción es lo suficientemente amplia como para autorizar que se tengan en cuenta los riesgos derivados de la falta de cumplimiento del requisito de buenas prácticas veterinarias en la administración de hormonas para estimular el crecimiento, así como los riesgos derivados de las dificultades de control, inspección y cumplimiento de los requisitos de buenas prácticas veterinarias.

206. La mayoría, por no decir la totalidad, de los estudios científicos citados por las Comunidades Europeas con respecto a las cinco hormonas en cuestión llegaban a la conclusión de que su utilización para estimular el crecimiento es "inocua"¹⁹⁰, si las hormonas se administran de conformidad con los requisitos de las buenas prácticas veterinarias. Cuando la condición de la observancia de buenas prácticas veterinarias (que es en gran parte la misma condición establecida en las normas, directrices y recomendaciones del Codex con respecto a la utilización de las cinco hormonas para estimular el crecimiento) no se cumple, la deducción lógica es que la utilización de esas hormonas para estimular el crecimiento puede o no ser "inocua".¹⁹¹ El *Acuerdo MSF* exige que se evalúe la posibilidad de que se produzcan efectos adversos sobre la salud humana de resultados de la presencia de contaminantes y toxinas en los alimentos. Consideramos que el objeto y la finalidad del *Acuerdo MSF* justifican el examen y la evaluación de todos esos riesgos para la salud humana sea cual sea su origen preciso e inmediato. Con ello no sugerimos que los riesgos derivados del eventual abuso en la administración de sustancias controladas y de los problemas de control tienen que ser, o deben ser, evaluados por evaluadores del riesgo en todos y cada uno de los casos. Si surgen riesgos de esos tipos de hecho, los evaluadores de los riesgos pueden examinarlos y evaluarlos. Obviamente la necesidad o idoneidad del examen y la evaluación de esos riesgos tendría que considerarse caso por caso. Lo que, a nuestro

¹⁹⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.124; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.127.

¹⁹¹Este punto fue claramente invocado durante la audiencia oral y tanto los Estados Unidos como el Canadá manifestaron su acuerdo con esta inferencia. Véase la nota de pie de página 186 del presente Informe con respecto al empleo de las expresiones "buenas prácticas veterinarias" y "buenas prácticas de zootecnia".

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 de los riesgos resultantes de la combinación de un posible abuso y de dificultades de control está justificada por la distinción entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo". Como se ha señalado anteriormente, el concepto de "gestión del riesgo" no se menciona en ninguna disposición del *Acuerdo MSF* y, por lo tanto, no se puede utilizar para defender una interpretación más restrictiva de "evaluación del riesgo" de la que justifican los términos efectivos del párrafo 2 del artículo 5, el artículo 8 y el Anexo C del *Acuerdo MSF*.

207. La cuestión que se plantea es, por consiguiente, la de saber si las Comunidades Europeas presentaron, de hecho, una evaluación del riesgo que demostraba y evaluaba la existencia y el nivel de riesgo derivado en el caso presente de la utilización abusiva de hormonas y de las dificultades de control de la administración de hormonas para estimular el crecimiento, dentro de los Estados Unidos y el Canadá como países exportadores, y en las fronteras de las Comunidades Europeas como país importador. A este respecto, debemos convenir en que la conclusión del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas se limitaron, en realidad, a señalar la condición de la administración de hormonas "de conformidad con las buenas prácticas, sin presentar una evaluación de los posibles efectos perjudiciales asociados a la inobservancia de esas prácticas".¹⁹² El acta de las deliberaciones del Grupo Especial muestra que el riesgo derivado de la utilización abusiva de hormonas para estimular el crecimiento, unido a problemas de control con respecto a las hormonas en cuestión, es posible que haya sido examinado en dos ocasiones de una manera científica. La primera ocasión podría haber sido el procedimiento incoado ante la Comisión de Investigación de los Problemas de la Calidad en el Sector de la Carne establecida por el Parlamento Europeo, cuyos resultados constituyeron la base del Informe Pimenta de 1989. Sin embargo, ninguno de los estudios originales y de las pruebas presentadas ante la comisión de investigación se sometieron al Grupo Especial. La segunda ocasión podría haber sido la Conferencia Científica de las CE de 1995 sobre el estímulo del crecimiento en la producción de carne. Uno de los tres talleres de esta Conferencia examinó concretamente los problemas de "detección y control". No obstante, sólo en uno de los estudios presentados al taller se examinaban de manera sistemática algunos de los problemas derivados de la combinación de un posible abuso y de los problemas de control de las hormonas y otras sustancias.¹⁹³ El estudio presentaba un marco teórico para el análisis sistemático de esos problemas, pero no investigaba y evaluaba los

¹⁹²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.143; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.146.

¹⁹³B. Jülicher, "Sampling Strategies", en *Proceedings of the Scientific Conference on Growth Promotion in Meat Production*, Bruselas, 29 de noviembre a 1º de diciembre de 1995, páginas 521-540.

problemas reales que han surgido en las fronteras de las Comunidades Europeas o dentro de los Estados Unidos, el Canadá y otros países que exportan carne y productos cárnicos a las Comunidades Europeas. En el mejor de los casos, este estudio puede representar el comienzo de una evaluación de esos riesgos.

208. A falta de cualquier otra documentación pertinente, consideramos que las Comunidades Europeas no efectuaron realmente una evaluación, en el sentido de los párrafos 1 y 2 del artículo 5, de los riesgos derivados de la inobservancia de unas buenas prácticas veterinarias unida a los problemas de control del uso de las hormonas para estimular el crecimiento. La falta de esa evaluación del riesgo, considerada conjuntamente con la conclusión a que llegan de hecho la mayoría, si no la totalidad, de los estudios científicos relativos a los demás aspectos del riesgo anteriormente señalados, nos lleva a la conclusión de que no se facilitó al Grupo Especial ninguna evaluación del riesgo que apoye o justifique razonablemente la prohibición de las importaciones contenida en las Directivas de las CE. Afirmamos, por consiguiente, que la conclusión final del Grupo Especial de que la prohibición de las importaciones de las CE no se basa en una evaluación del riesgo en el sentido de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y que, en consecuencia, es incompatible con las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5.

209. Como anteriormente hemos llegado a la conclusión ¹⁹⁴ de que una medida sanitaria o fitosanitaria, para que sea compatible con el párrafo 3 del artículo 3, tiene que cumplir, entre otras, las prescripciones contenidas en el párrafo 1 del artículo 5, de ello se deduce que las medidas de las CE en cuestión, al no cumplir lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5, son también incompatibles con el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.

XII. La interpretación del párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*: Coherencia de los niveles de protección y discriminación o restricción encubierta resultante en el comercio internacional

210. Las Comunidades Europeas apelan también contra la conclusión del Grupo Especial¹⁹⁵ de que, al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que considera adecuados en diferentes situaciones y que producen una discriminación o una restricción encubierta

¹⁹⁴Véase el párrafo 177 del presente Informe.

¹⁹⁵Comunicación del apelante - CE, párrafo 448.

del comercio internacional, las Comunidades Europeas actúan de manera incompatible con las prescripciones establecidas en el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.¹⁹⁶

A. *Consideraciones generales: los elementos del párrafo 5 del artículo 5*

211. Es necesario citar en su integridad el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*:

Con objeto de lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra los riesgos tanto para la vida y la salud de las personas como para las de los animales o la preservación de los vegetales, cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considera adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Los Miembros colaborarán en el Comité, de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 12, para elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica de la presente disposición. Al elaborar esas directrices el Comité tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, con inclusión del carácter excepcional de los riesgos para la salud humana a los que las personas se exponen por su propia voluntad.

212. El párrafo 5 del artículo 5 debe leerse en el contexto. Una parte importante de ese contexto es el párrafo 3 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* que prescribe lo siguiente:

Los Miembros se asegurarán de que sus medidas sanitarias y fitosanitarias no discriminen de manera arbitraria o injustificable entre Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares, ni entre su propio territorio y el de otros Miembros. Las medidas sanitarias y fitosanitarias no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional.

Al leerse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2, cabe observar que el párrafo 5 del artículo 5 traza y detalla una vía particular que conduce al mismo destino establecido en el párrafo 3 del artículo 2.

213. El objeto del párrafo 5 del artículo 5 es "lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria". Obviamente, la coherencia buscada se define como una meta que se ha de alcanzar en el futuro. Para contribuir al logro de ese objetivo, el Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias tiene que elaborar *directrices que fomenten la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5*, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que, normalmente, las personas no se exponen por su propia voluntad a riesgos para la salud. Por consiguiente, estamos de acuerdo con la opinión del Grupo Especial de que la declaración de esa meta no establece una *obligación jurídica* de coherencia de los niveles adecuados de protección. Creemos también que la meta establecida no

¹⁹⁶Informe del Grupo Especial - EE.UU., párrafos 8.206, 8.218, 8.244, 8.266 y 8.269; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.209, 8.221, 8.247, 8.269 y 8.272.

es la coherencia absoluta o perfecta, puesto que los gobiernos establecen sus niveles adecuados de protección frecuentemente sobre una base *ad hoc* y a lo largo del tiempo, ya que en épocas distintas se presentan riesgos diferentes. Lo que se ha de evitar es únicamente las incoherencias arbitrarias o injustificables.

214. Un detenido examen del párrafo 5 del artículo 5 indica que una denuncia de violación de este artículo debe demostrar que existen tres elementos distintos. El primer elemento es que el Miembro que impone la medida objeto de la queja haya adoptado sus propios niveles de protección sanitaria contra los riesgos para la vida o la salud humanas en varias situaciones diferentes. El segundo elemento que se ha de mostrar es que esos *niveles de protección* presentan diferencias arbitrarias o injustificables ("distinciones" en la redacción del párrafo 5 del artículo 5) en su tratamiento de situaciones diferentes. El último elemento exige que las diferencias arbitrarias o injustificables produzcan discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Entendemos que este último elemento se refiere a la medida que refleja o aplica un nivel particular de protección que tiene por resultado, en su aplicación, una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.

215. Estimamos que los tres elementos del párrafo 5 del artículo 5 son de carácter acumulativo; se ha de demostrar que todos ellos existen para que haya violación del párrafo 5 del artículo 5. En particular, deben estar presentes los elementos segundo y tercero. El segundo elemento por sí solo no basta. Es preciso demostrar la existencia del tercer elemento: se debe demostrar que la medida se aplica de una manera que produce discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. La presencia del segundo elemento -el carácter arbitrario o injustificable de las diferencias en los *niveles de protección* considerados por un Miembro como adecuados en situaciones distintas- puede a efectos prácticos funcionar como una señal de "aviso" de que la *medida podría* en su aplicación ser discriminatoria o *podría* constituir una restricción del comercio internacional encubierta como una medida sanitaria o fitosanitaria para la protección de la vida o la salud humanas. No obstante, es necesario examinar la medida en sí y evaluarla y, en el contexto de los diferentes niveles de protección, mostrar que tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional.

B. *Niveles diferentes de protección en situaciones distintas*

216. Examinamos el primer elemento prescrito en el párrafo 5 del artículo 5, a saber, que un Miembro haya establecido niveles diferentes de protección que considera adecuados en sí en diferentes situaciones. El Grupo Especial, al interpretar la expresión "diferentes situaciones", declara en efecto que las

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 elemento común no basta necesariamente para garantizar una comparación racional.¹⁹⁸

217. No parece necesario examinar esta cuestión detenidamente. Es evidente la necesidad de comparar diversos *niveles* de protección sanitaria considerados adecuados por un Miembro si se quiere que un grupo especial efectúe una investigación con arreglo al párrafo 5 del artículo 5. Las situaciones que presentan niveles diferentes de protección no pueden, por supuesto, compararse a menos que sean comparables, es decir, a menos que presenten algún elemento o algunos elementos comunes que sean suficientes para que resulten comparables. Si las situaciones que se propone que se examinen son *totalmente* diferentes entre sí, no serían racionalmente comparables y las diferencias de los niveles de protección no se pueden examinar debido a la arbitrariedad.

218. Al examinar las medidas de las CE de que aquí se trata¹⁹⁹ y por lo menos otra MSF de las Comunidades Europeas²⁰⁰, el Grupo Especial estima que las Comunidades Europeas proyectaron varios niveles diferentes de protección:

- i) el nivel de protección con respecto a las hormonas naturales cuando se administran para estimular el crecimiento²⁰¹;

¹⁹⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.176; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.179.

¹⁹⁸Comunicación del apelante - CE, párrafo 455.

¹⁹⁹Véanse los párrafos 2-5 del presente Informe.

²⁰⁰Directiva 70/524/CEE del Consejo de 23 de noviembre de 1970, Diario Oficial N° L 270, 14 de diciembre de 1970, página 1; cuyos Anexos reemplazaron la Directiva 91/248/CEE de 12 de abril de 1991, Diario Oficial N° L 124, 18 de mayo de 1991, página 1.

²⁰¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.191; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.194; y con respecto al MGA, Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.265; el Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.268.

- 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 protección con respecto a las hormonas naturales utilizadas con fines terapéuticos o zootécnicos²⁰³;
- iv) el nivel de protección con respecto a las hormonas sintéticas (zeranol y trembolona) cuando se utilizan para estimular el crecimiento²⁰⁴; y
- v) el nivel de protección con respecto al carbadox y al olaquinox²⁰⁵.

C. *Diferencias Arbitrarias o Injustificables en los Niveles de Protección*

219. El Grupo Especial procedió luego a comparar el nivel de protección i) primeramente con el nivel de protección ii) y, en segundo lugar, con el nivel de protección iii). Luego el Grupo Especial comparó los niveles de protección i) y iv) con el nivel de protección v). El Grupo Especial sostiene que las diferencias entre los niveles de protección i) y iv), por un lado, y el nivel de protección ii), por el otro, son arbitrarias e injustificables.²⁰⁶ Sostuvo además que las diferencias en los niveles de protección i) y iv), por un lado, y el nivel v), por el otro, son también arbitrarias e injustificables.²⁰⁷

²⁰²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.191; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.194; y con respecto al MGA, Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.265; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.268.

²⁰³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.191; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.194.

²⁰⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.212; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.215.

²⁰⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.226 (con respecto al carbadox únicamente); Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.229; y con respecto al MGA, Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.268; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.271.

²⁰⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.197 y 8.214; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.200 y 8.217; y con respecto al MGA, Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.265; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.268.

²⁰⁷Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.238; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.241; y con respecto al MGA, Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.268; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.271.

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 y sintéticas cuando se utilizan para estimular el crecimiento (niveles de protección i) y iv)) con el nivel de protección establecido por las Comunidades Europeas con respecto a las hormonas naturales presentes en forma endógena en la carne y otros alimentos naturales (nivel de protección ii)). El Grupo Especial considera la diferencia entre estos niveles de protección básicamente "arbitraria" e "injustificable" debido, en su opinión, a que las Comunidades Europeas no han aportado ninguna razón distinta de la diferencia entre las hormonas añadidas y las hormonas que se dan naturalmente en la carne y en otros alimentos que han formado parte del régimen alimenticio humano durante siglos y no han presentado prueba alguna de que el riesgo relacionado con las hormonas naturales utilizadas como estimuladores del crecimiento es superior al riesgo de las hormonas que se presentan en forma endógena.²⁰⁹ El Grupo Especial añade que el nivel de residuos de hormonas naturales en algunos productos naturales (como los huevos y el brécol) es superior al nivel de residuos de hormonas administradas para estimular el crecimiento en la carne tratada.²¹⁰ Además, el Grupo Especial señala que las dificultades prácticas de detección de la presencia de residuos de hormonas naturales en la carne tratada se darían asimismo con respecto a las hormonas naturales que se presentan en forma endógena en la carne y otros alimentos.²¹¹ El Grupo Especial destaca la diferencia muy marcada entre un "nivel de residuos cero" de protección contra las hormonas naturales utilizadas para estimular el crecimiento y un "nivel no limitado de residuos" de protección con respecto a las hormonas naturales que se presentan naturalmente en la carne y otros alimentos.²¹² El Grupo Especial adujo muchas de las mismas razones al comparar los niveles de protección con

²⁰⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.200; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.203.

²⁰⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.193; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.196.

²¹⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.194; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.197.

²¹¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.195; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.198.

²¹²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.196; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.199.

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 agrupadas, no justifican la conclusión del Grupo Especial de arbitrariedad en la diferencia en el nivel de protección entre las hormonas añadidas para estimular el crecimiento y las hormonas naturales en la carne y otros alimentos.

222. Como el Grupo Especial considera que la diferencia en el nivel de protección con respecto a las tres hormonas naturales, cuando se utilizan para estimular el crecimiento, y el nivel de protección con respecto a las hormonas naturales presentes de forma endógena en la carne y otros alimentos es injustificable, el Grupo Especial cree innecesario decidir si la diferencia en los niveles de protección establecidos por las Comunidades Europeas con respecto a las hormonas naturales utilizadas como estimuladores del crecimiento y a las mismas hormonas cuando se utilizan con fines terapéuticos o zootécnicos está justificada.²¹⁵ Sin embargo, como hemos llegado a una conclusión distinta de la del Grupo Especial, nos parece oportuno completar el análisis del Grupo Especial para que podamos estar en condiciones de revisar la conclusión del Grupo Especial relativa a la coherencia con el párrafo 5 del artículo 5 en conjunto. La cuestión de los usos terapéuticos y zootécnicos de las hormonas fue

²¹³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafos 8.213, 8.264 y 8.265; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.216, 8.267 y 8.268.

²¹⁴Cabe discutir si las Comunidades Europeas han establecido siquiera un nivel adecuado de protección con respecto a las hormonas presentes de manera natural en la carne y otros alimentos (es decir, que forman parte del régimen alimenticio diario humano). Hemos aceptado *arguendo* la hipótesis del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas lo hicieron, a los efectos del presente análisis.

²¹⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.200; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.203.

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 utilizaciones 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 un veterinario o bajo la responsabilidad de un veterinario.²²⁴ Además, la Directiva 96/22/CE especifica condiciones detalladas, como por ejemplo: períodos estrictos de suspensión; administración por inyección o, en el caso de diversas disfunciones, por espirales vaginales, con exclusión de los implantes; la identificación clara del animal así tratado; y el registro de los detalles del tratamiento por el veterinario responsable (verbigracia, tipo de tratamiento, tipo de medicamento veterinario utilizado o autorizado, fecha del tratamiento, identidad del animal tratado).²²⁵

225. La conclusión a la que llegamos, después de examinar los factores anteriormente mencionados, es que, bien mirado, la diferencia en los niveles de protección relativos a las hormonas utilizadas para estimular el crecimiento, por un lado, y los relativos a las hormonas utilizadas con fines terapéuticos y zootécnicos, por el otro, no es, en sí, "arbitraria o injustificable".

226. Pasamos a la comparación que efectúa el Grupo Especial entre los niveles de protección establecidos por las Comunidades Europeas con respecto a las hormonas naturales y sintéticas para estimular el crecimiento y con respecto al carbadox y el olaquinox.²²⁶ Carbadox y olaquinox son agentes o compuestos antimicrobianos que se mezclan con los piensos que se dan a los lechones (de

²²³Véase el párrafo noveno del Preámbulo de la Directiva 96/22/CE, de fecha 29 de abril de 1996, que estipula lo siguiente:

Considerando que conviene mantener la prohibición de las sustancias hormonales con fines de engorde; que, si bien la administración de determinadas sustancias puede autorizarse con un fin terapéutico o zootécnico, debe estar estrictamente controlada para evitar cualquier desvío en su utilización; (subrayado añadido)

²²⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 4.69; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 4.192.

²²⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 4.69; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 4.238.

²²⁶La Directiva 70/524/CEE de las CE de 23 de noviembre de 1970 regula la utilización de los aditivos en los piensos. Esta Directiva autoriza a los Estados miembros a permitir la utilización de ciertos aditivos enumerados en el Anexo I de la Directiva, en las condiciones en ella especificadas. El 12 de abril de 1991 la Directiva 91/248/CEE de las CE sustituyó los Anexos I y II de la Directiva de 1970 por nuevos Anexos. El nuevo Anexo I incluye, bajo el encabezamiento de estimuladores del crecimiento los siguientes: carbadox y olaquinox.

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 genotóxico.

227. En las deliberaciones del Grupo Especial, las Comunidades Europeas trataron de justificar la diferencia en los niveles de protección con respecto a las hormonas naturales y sintéticas (con excepción del MGA) y con respecto al carbadox y al olaquinox.²²⁹ El Grupo Especial responde a esos argumentos y las Comunidades Europeas han reiterado sus argumentos iniciales en su comunicación del apelante.²³⁰ Examinamos detenidamente los argumentos de las Comunidades Europeas y la respuesta del Grupo Especial que figuran a continuación en forma muy resumida.

228. El primer argumento de las Comunidades Europeas es que el carbadox y el olaquinox no son hormonas, sino más bien agentes antimicrobianos. El Grupo Especial responde que las Comunidades Europeas no han explicado por qué esta diferencia justificaría de por sí un trato regulador diferente a la luz del potencial carcinogénico de ambas categorías de sustancias.²³¹

229. El segundo argumento de las Comunidades Europeas es que el carbadox y el olaquinox sólo actúan indirectamente como estimuladores del crecimiento al suprimir el desarrollo de las bacterias y al ayudar a la flora intestinal de los lechones, ejerciendo de ese modo unos efectos terapéuticos preventivos; se dice que las hormonas no ejercen ninguna acción terapéutica preventiva cuando se utilizan como estimuladores del crecimiento. Sin embargo, el Grupo Especial considera que las dos hormonas objeto de la diferencia y el carbadox y el olaquinox pueden producir efectos terapéuticos.²³²

²²⁷Evaluación de los residuos de ciertos medicamentos veterinarios en los alimentos: trigésimo sexto Informe del Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios ("JECFA"), Serie de Informes Técnicos 799, (Organización Mundial de la Salud, 1990), páginas 45-50.

²²⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 4.220.

²²⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.229 (con respecto al carbadox únicamente); Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.232.

²³⁰Comunicación del apelante - CE, párrafos 528-548.

²³¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.231 (con respecto al carbadox únicamente); Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.234.

²³²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.232 (con respecto al carbadox únicamente); Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.235.

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 del JECFA 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 ninguna garantía de que los lechones tratados con el carbadox no sean sacrificados y que, en consecuencia, residuos de carbadox no penetren en la cadena alimenticia de los seres humanos. El Grupo Especial añade que la utilización de las hormonas en cuestión como estimuladores del crecimiento podría estar análogamente sometida a condiciones estrictas.²³⁵

233. El sexto argumento alegado por las Comunidades Europeas es que el carbadox se utiliza en cantidades muy reducidas y apenas es absorbido en el intestino de los lechones con la consecuencia de que no deja prácticamente ningún residuo en toda la carne de porcino destinada al consumo humano. El Grupo Especial responde que, según los expertos que lo asesoraron, una vez que se ha administrado una sustancia a un animal, siempre queda algún residuo de esta sustancia o algún metabolito, aunque

²³³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.234 (con respecto al carbadox únicamente); Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.237.

²³⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.234 (con respecto al carbadox únicamente); Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.237.

²³⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.235; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.238.

en cantidades muy reducidas, en la carne de ese animal.²³⁶ A este respecto, el Canadá formuló oficiosamente la observación de que, según un estudio hecho en 1991 a pedido de las Comunidades Europeas y proporcionado al Grupo Especial, los metabolitos de carbadox y olaquinox son casi completamente absorbidos en el intestino y que "al utilizar carbadox, parece insignificante la presencia de un riesgo mutagénico o carcinogénico para el consumidor si se respeta cuidadosamente el período de suspensión del tratamiento."²³⁷

234. Las Comunidades Europeas expusieron un séptimo argumento que no repitieron en la apelación: los reclamantes limitan su reclamación a una o dos sustancias de las 10 a 15.000 sustancias médicas veterinarias cuyo uso autorizan las Comunidades Europeas, lo cual prueba "un grado considerable de coherencia en sus niveles de protección sanitaria".²³⁸ El Grupo Especial señala que las Comunidades Europeas le han comunicado que el Consejo de las CE, en una Decisión de fecha 26 de febrero de 1996, ha adoptado ya por propia iniciativa medidas para revisar el régimen del carbadox y el olaquinox. Para el Grupo Especial, los argumentos de las Comunidades Europeas sugieren que las Comunidades Europeas reconocen que la distinción en los niveles de protección relativos a las hormonas administradas y los relativos al carbadox y al olaquinox puede no estar justificada y debería ser revisada.²³⁹

235. Habiendo examinado los argumentos y contraargumentos expuestos, debemos coincidir con el Grupo Especial en que la distinción en los niveles de protección aplicados por las CE a las hormonas objeto de esta diferencia cuando son administradas para estimular el crecimiento, por una parte, y el nivel de protección aplicado al carbadox y al olaquinox, por otra parte, resulta injustificable en el sentido del párrafo 5 del artículo 5.

²³⁶Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.236; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.239.

²³⁷CEAS Consultants (Wye) Ltd. (et. al.), *The Impact on Animal Husbandry in the European Community of the Use of Growth Promoters*, Final Report, Volumen I (1991) citado en la Comunicación del apelante - Canadá párrafos 180-181.

²³⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.237; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.240.

²³⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.237(con respecto al carbadox únicamente); Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.240.

D. *Distinción que tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional*

236. Al interpretar este último elemento o prescripción del párrafo 5 del artículo 5, el Grupo Especial recuerda la conclusión del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*²⁴⁰ ("*Estados Unidos - Gasolina*") en el sentido de que las expresiones "discriminación arbitraria", "discriminación injustificable" y "restricción encubierta al comercio internacional", que figuran en el artículo XX del GATT de 1994, pueden interpretarse en aposición, y se dan sentido recíprocamente.²⁴¹ El Grupo Especial también recuerda nuestra declaración en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*²⁴², y en particular la prescripción del párrafo 2 del artículo III, segunda oración, del GATT de 1994 en el sentido de que es necesario que la tributación se aplique diferente "de manera que se proteja la producción nacional". Cita el pasaje que dice, en parte, que "[la tributación diferente] puede ser tanto mayor que resulte claro de ese mismo diferencial que la tributación diferente se aplica "de manera que protege la producción nacional". En algunos casos esto puede bastar para mostrar una infracción".²⁴³ El Grupo Especial a continuación formula su interpretación de la última prescripción del párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*:

Consideramos que el razonamiento seguido en ambos informes del Órgano de Apelación es pertinente también a la relación entre los tres elementos del párrafo 5 del artículo 5. Estos tres elementos se dan recíprocamente sentido. No obstante, consideramos que para dar efecto a los tres elementos del párrafo 5 del artículo 5 y pleno sentido al texto y al contexto de esa disposición, es necesario distinguir esos tres elementos y analizarlos separadamente. Sin embargo, admitimos que en algunos casos en los que un Miembro establezca, para situaciones comparables, medidas sanitarias que reflejen distintos niveles de protección, la magnitud de la diferencia en los niveles de protección, unida a su carácter arbitrario, puede ser suficiente para llegar a la conclusión de que esa diferencia en los niveles de protección "tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional" en el sentido del párrafo 5 del artículo 5 (lo mismo que la magnitud del propio diferencial de una tributación distinta puede ser suficiente para llegar a la conclusión de que esa tributación distinta se aplica de manera que proteja la producción nacional, conforme a lo previsto en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT).²⁴⁴ (subrayado añadido)

²⁴⁰Adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/AB/R.

²⁴¹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.182; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafos 8.185 y 8.243.

²⁴²Adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

²⁴³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.183; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.186.

²⁴⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.184; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.187.

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 Grupo Especial con respecto a dos argumentos. En primer lugar, habida cuenta de las diferencias estructurales entre las normas de la parte introductoria del artículo XX del GATT de 1994 y los elementos del párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el razonamiento desarrollado en nuestro Informe sobre el asunto *Estados Unidos - Gasolina*, citado por el Grupo Especial, no puede ser "importado" descuidadamente en un caso en que esté involucrado el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En segundo lugar, a nuestro juicio, con un criterio similar tampoco se justifica suponer que resulte aplicable el razonamiento del Órgano de Apelación en el asunto

²⁴⁵Comunicación del apelante - CE, párrafos 471-477.

²⁴⁶Comunicación del apelante - CE, párrafo 486.

²⁴⁷Comunicación del apelante - CE, párrafo 491.

²⁴⁸Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.184; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.187.

²⁴⁹Véase el párrafo 212 del presente Informe.

*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 "tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional".²⁵¹

240. A nuestro juicio, el grado de la diferencia, o la extensión de la discrepancia, entre los niveles de protección, constituye solamente un tipo de factor que, junto a otros, puede llevar, acumulativamente, a la conclusión de que una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional resulta efectivamente de la aplicación de una medida o de medidas que comprenden uno o varios de esos distintos niveles de protección. Por lo tanto, no pensamos que la diferencia entre un nivel "de residuos cero" y un "nivel no limitado de residuos" sea, junto con la constatación de una diferencia arbitraria o injustificable, suficiente para demostrar que la tercera, y más importante, prescripción del párrafo 5 del artículo 5 ha sido satisfecha. Vale la pena tener presente que, después de todo, la diferencia entre los niveles de protección que puede describirse como arbitraria o injustificable es solamente un elemento de prueba (indirecta) de que un Miembro pueda estar aplicando efectivamente una medida sanitaria o fitosanitaria de una manera que constituya una discriminación entre Miembros o una restricción encubierta del comercio internacional, prohibida habida cuenta de las obligaciones básicas establecidas en el párrafo 3 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*. Evidentemente, la respuesta a la pregunta en el sentido de si las diferencias o distinciones arbitrarias o injustificables entre los niveles de protección establecidos por un Miembro tienen efectivamente por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, debe buscarse en las circunstancias de cada caso concreto.

241. En la presente apelación, es necesario abordar esta cuestión sólo con respecto a la diferencia entre los niveles de protección establecidos en relación con las hormonas en cuestión y con el carbadox y el olaquinox.

²⁵⁰Adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

²⁵¹La diferencia involucrada en el asunto *Japón - Bebidas Alcohólicas* era una diferencia de tributación, muy distinta de una diferencia en los niveles de protección. La diferencia tributaria siempre se expresa en términos cuantitativos, lo que no sucede con la diferencia en los niveles de protección, y una diferencia tributaria importante en favor de los productores nacionales afectará inevitablemente la competencia de los productos importados y protegerá en consecuencia a los productores nacionales. Existe una relación clara y lineal entre una diferencia tributaria y la protección proporcionada a los productos nacionales. No obstante, no existe tal relación entre la diferencia en los niveles de protección para la salud humana y una discriminación o restricción encubierta del comercio.

242. Según el Grupo Especial, la "magnitud" de la diferencia "arbitraria e injustificable" entre el nivel de protección aplicado a las hormonas objeto de la diferencia y el nivel de protección aplicado al carbadox y al olaquinox, tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. El Grupo Especial apoya esta constatación en: i) la gran diferencia entre los niveles de protección, es decir, la diferencia entre un "nivel de residuos cero" para las cinco hormonas en cuestión cuando se utilizan como agentes estimuladores del crecimiento, y un "nivel no limitado de residuos" para el carbadox y el olaquinox; ii) la falta de cualquier justificación plausible por parte de las Comunidades Europeas de esta importante diferencia; y iii) el carácter de la medida de las CE, es decir, la prohibición de las importaciones, que necesariamente restringe el comercio internacional.²⁵²

243. El Grupo Especial alega, en apoyo de su constatación, otros tres factores: iv) los objetivos (aparte de la protección de la salud humana) que cree que las Comunidades Europeas tenían presentes al adoptar o mantener la prohibición, como se refleja en los preámbulos de las medidas objeto de la diferencia, los informes del Parlamento Europeo y los dictámenes del Comité Económico y Social de las CE, estos comprenden: la armonización de las regulaciones de los diversos Estados miembros de las CE, con la consiguiente eliminación de las distorsiones de las condiciones de competencia y de los obstáculos al comercio intracomunitario de carne de bovino, que diera lugar a un aumento del consumo que permitiese reducir los excedentes internos de dicha carne y dar un trato más favorable a los productores comunitarios²⁵³; v) antes de que entrara en vigor la prohibición de las CE (en 1987), el porcentaje de animales tratados con las hormonas en cuestión era mucho menor en las Comunidades Europeas que en el Canadá y en los Estados Unidos. La consecuencia aparente, para el Grupo Especial, es que las medidas de las CE establecen de hecho una discriminación de la carne de bovino importada producida con hormonas administradas para estimular el crecimiento²⁵⁴ y vi) que las hormonas en cuestión se utilizan como agentes estimuladores del crecimiento en el sector de la carne de bovino "en el que al parecer las Comunidades Europeas desean reducir la oferta y en el que probablemente el interés de las Comunidades en competir a escala internacional es menor", en tanto que el carbadox y el olaquinox se utilizan para estimular el crecimiento en el sector de la carne de porcino "en el que las

²⁵²Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.241; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.244.

²⁵³Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.242; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.245.

²⁵⁴Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.242; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.245.

Comunidades Europeas no tienen excedentes internos y respecto del cual es prioritaria la competitividad internacional".²⁵⁵

244. En su apelación, las Comunidades Europeas subrayan que la prohibición del uso de hormonas con el propósito de estimular el crecimiento se aplica igualmente a la carne de bovino producida en las Comunidades Europeas y a las importaciones de esa carne.²⁵⁶ También subrayan que el motivo predominante para la prohibición de la utilización interna de hormonas destinadas a estimular el crecimiento y la prohibición de la importación de la carne tratada con las mismas es la protección de la salud y seguridad de la población. No se ha hecho ninguna sugerencia en el sentido de que la prohibición de las importaciones de carne tratada fuera el resultado de la presión ejercida por los productores de carne dentro de las CE. También señalan que la legislación (en los gobiernos representativos) refleja normalmente objetivos múltiples. El hecho de que hubiese un porcentaje más alto de carne de bovino tratada con hormonas para estimular el crecimiento en el Canadá y los Estados Unidos, comparado con las Comunidades Europeas, simplemente reflejaba el hecho de que el Canadá y los Estados Unidos habían permitido esa práctica por un largo período mientras que las Comunidades Europeas no. A este respecto, debería recordarse la larga historia de las Directivas de las CE. La prohibición de las importaciones no podía haber sido concebida simplemente para proteger a los productores de carne de bovino en las Comunidades Europeas frente a los productores de carne de bovino de los Estados Unidos y el Canadá, porque los productores de carne de bovino de las Comunidades Europeas tenían precisamente prohibida la utilización de las mismas hormonas con el mismo propósito. Observamos, a este respecto, que la prohibición de la utilización interna también excluye necesariamente la exportación de carne tratada por los productores internos.

245. No atribuimos la misma importancia que el Grupo Especial asigna a los múltiples objetivos que supuestamente tenían las Comunidades Europeas al adoptar las Directivas que establecieron las medidas en cuestión. La documentación que precedió o acompañó la adopción de la prohibición de la utilización de hormonas con fines de estímulo del crecimiento, y que formaba parte del expediente del Grupo Especial, revela claramente la profundidad y magnitud de la preocupación experimentada dentro de las Comunidades Europeas frente a los resultados de los estudios científicos en general (que demostraban la carcinogenicidad de las hormonas), los peligros del abuso de hormonas y otras sustancias utilizadas para estimular el crecimiento (puestos de relieve por los escándalos en relación con la

²⁵⁵Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.243 (con respecto al carbadox únicamente); Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.246.

²⁵⁶Comunicación del apelante - CE, párrafo 552.

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 relacionaba con las diferencias entre las reglamentaciones internas de los distintos Estados miembros de la Unión Europea (cuatro o cinco de los cuales permitían, mientras que el resto prohibía, la utilización de ciertas hormonas para estimular el crecimiento), con las consiguientes distorsiones en las condiciones de competencia del comercio intracomunitario y la existencia de obstáculos a dicho comercio. La necesidad de armonizar las reglamentaciones internas de sus Estados miembros era una consecuencia del mandato que tenían las Comunidades Europeas de establecer un mercado "interior" común para la carne de bovino.²⁵⁸ La reducción de los excedentes de carne de bovino mediante el aumento del consumo de dicha carne dentro de las Comunidades Europeas, no sólo representa los intereses de los agricultores comunitarios, sino también de los agricultores que no utilizan hormonas en los países exportadores. No podemos compartir la inferencia que aparentemente el Grupo Especial extrae, de que la prohibición de las importaciones de carne tratada y la prohibición aplicable en toda la Comunidad de la utilización de las hormonas en cuestión con el propósito de estimular el crecimiento en el sector de la carne de bovino no tenían realmente por objetivo proteger a su población del riesgo de cáncer sino impedir la entrada de la carne de bovino tratada con hormonas procedentes de los Estados Unidos y del Canadá y proteger de esa manera a los productores de carne de bovino de las Comunidades Europeas.

²⁵⁷Véase, por ejemplo: Dictamen del Comité Económico Social de 13 de diciembre de 1984 sobre la propuesta de una Directiva del Consejo por la que se modificaba la Directiva 81/602/CEE con respecto a la prohibición de ciertas sustancias de efecto hormonal y de las sustancias de efecto tiroestático, Diario Oficial, N° C 44, 15 de febrero de 1985, página 14; Resolución del Parlamento Europeo de 11 de octubre de 1985 sobre la propuesta de una Directiva del Consejo por la que se modificaba la Directiva 81/602/CEE con respecto a la prohibición de ciertas sustancias de efecto hormonal y de sustancias de efecto tiroestático, Diario Oficial N° C 288, 11 de noviembre 1985, página 158; Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 1988, sobre el uso de hormonas en la producción de carne, Diario Oficial, N° C 262, 10 de octubre de 1988, páginas 167-170; y Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de abril de 1989, sobre la negativa de los Estados Unidos a acatar la legislación comunitaria relativa a los mataderos y a las hormonas, y las consecuencias de dicha negativa; Diario Oficial N° C 120, 16 de mayo de 1989, página 356. La última Resolución se basó, entre otras cosas, en el Informe Pimenta, partes A y B.

²⁵⁸El artículo 7a del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea estipula:

La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992 ...

El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado.

246. En consecuencia, llegamos a la conclusión de que la constatación del Grupo Especial en el sentido de que la diferencia "arbitraria o injustificable" en los niveles de protección establecidos por las CE con respecto a las hormonas en cuestión, por una parte, y con respecto al carbadox y al olaquinox, por otra, "tiene por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional", no está apoyada ni por la arquitectura y estructura de las Directivas de las CE aquí objetadas ni por la siguiente Directiva sobre el carbadox y el olaquinox, así como tampoco por las pruebas presentadas por los Estados Unidos y el Canadá. La constatación del Grupo Especial es en sí misma injustificada y errónea como cuestión de derecho. En consecuencia, revocamos la conclusión del Grupo Especial en el sentido de que las Comunidades Europeas han actuado de forma incompatible con las prescripciones del párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

XIII. Apelaciones presentadas por los Estados Unidos y el Canadá: párrafo 2 del artículo 2 y párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

247. El Grupo Especial se abstuvo de formular constataciones en el marco del párrafo 2 del artículo 2 y 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Con respecto al párrafo 2 del artículo 2, el Grupo Especial, habiendo constatado que las medidas de las CE eran incompatibles con los párrafos 1 del artículo 3, y 1 y 5 del artículo 5, no estimó que hubiese necesidad alguna de formular una constatación sobre la compatibilidad de las mismas medidas de las CE con el párrafo 2 del artículo 2. El Grupo Especial, al llegar a esa conclusión, también consideró que los artículos 3 y 5, establecían derechos y obligaciones más específicos que los "derechos y obligaciones básicos" recogidos en el artículo 2.²⁵⁹

248. Con respecto al párrafo 6 del artículo 5, el Grupo Especial sostuvo que habida cuenta de que ya había constatado que el nivel de protección que se reflejaba en la medida de las CE objeto de la diferencia había sido adoptado en infracción de lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 5, no era necesario examinar además si esa misma medida entrañaba también un grado de restricción del comercio mayor que el requerido para lograr ese nivel, en el sentido del párrafo 6 del artículo 5.²⁶⁰

249. Los Estados Unidos, aquí como apelante, estiman que el Grupo Especial ha hecho todas las constataciones necesarias al efecto y debería haber declarado que la prohibición de las importaciones

²⁵⁹Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.271; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.274.

²⁶⁰Informe del Grupo Especial - Estados Unidos, párrafo 8.247; Informe del Grupo Especial - Canadá, párrafo 8.250.

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 incompatibles 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 caso de que hubiésemos revocado la conclusión del Grupo Especial con respecto a la incompatibilidad de las medidas de las CE con el párrafo 1 del artículo 5, hubiera sido lógicamente necesario preguntarse si, no obstante, no podría haber sido violado el párrafo 2 del artículo 2. Por supuesto nos sorprende que el Grupo Especial no comenzara su análisis de todo el caso centrando su atención en el artículo 2, que se titula "Derechos y obligaciones básicos", enfoque que, desde el punto de vista lógico, parece atractivo. Recordamos la lectura que hemos dado *supra* a los artículos 2 y 5 -en el sentido de que el párrafo 2 del artículo 2 informa al párrafo 1 del artículo 5 y que, de manera análoga, el párrafo 3 del artículo 2 informa al párrafo 5 del artículo 5- pero estimamos que un ulterior análisis de su relación debería realizarse en el marco de otro asunto.

251. Al mismo tiempo hemos revocado la conclusión del Grupo Especial en relación con el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en el sentido de que los niveles de protección establecidos por las Comunidades Europeas con respecto a la utilización de hormonas para el estímulo del crecimiento tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Sin embargo, no puede suponerse que el Grupo Especial ha realizado todas las constataciones de los hechos necesarias para proceder a determinar la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas de las CE con las

²⁶¹Estados Unidos - comunicación del apelante, párrafo 4.

²⁶²Estados Unidos - comunicación del apelante, párrafo 18.

²⁶³Estados Unidos - comunicación del apelante, párrafo 20.

²⁶⁴Canadá - comunicación del apelante, párrafos 19-22.

prescripciones del párrafo 6 del artículo 5 dado que dicho párrafo también dispone que debe tenerse en cuenta la "viabilidad técnica y económica". En vista de ello, la razón es aún mayor para abstenerse de examinar la legalidad de las medidas a la luz del párrafo 6 del artículo 5 y proceder con la moderación prescrita por el principio de economía procesal.

252. Consideramos por lo tanto, y así lo declaramos, que el Grupo Especial no incurrió en error al abstenerse de formular constataciones con respecto al párrafo 2 del artículo 2 y al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

XIV. Constataciones y conclusiones

253. Por los motivos expuestos en las secciones precedentes del presente Informe, el Órgano de Apelación:

- a) revoca la resolución general de interpretación formulada por el Grupo Especial en el sentido de que el *Acuerdo MSF* atribuye la carga de la prueba al Miembro que impone una medida sanitaria o fitosanitaria, y también revoca la conclusión del Grupo Especial de que cuando un Miembro impone una medida que no esté basada en normas internacionales, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, corresponde a ese Miembro la carga de demostrar que esa medida sanitaria o fitosanitaria es compatible con el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*;
- b) llega a la conclusión de que el Grupo Especial aplicó la norma de examen apropiada con arreglo al *Acuerdo MSF*;
- c) confirma las conclusiones del Grupo Especial de que el principio de cautela no puede prevalecer sobre el texto explícito de los párrafos 1 y 2 del artículo 5, y que dicho principio ha sido incorporado al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, entre otras disposiciones;
- d) confirma la conclusión del Grupo Especial de que el *Acuerdo MSF*, y en particular los párrafos 1 y 5 del artículo 5 de dicho Acuerdo, se aplica a las medidas que fueron adoptadas antes de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, pero que permanecen en vigor después de esa fecha;

- e) llega a la conclusión de que el Grupo Especial, aunque en algunas ocasiones ha interpretado incorrectamente parte de los testimonios que tuvo ante sí, cumplió la obligación que le incumbe en virtud del artículo 11 del ESD de efectuar una evaluación objetiva de los hechos;
- f) llega a la conclusión de que los procedimientos seguidos por el Grupo Especial en ambas actuaciones -en la selección de los expertos y la utilización de su concurso, en la concesión de derechos adicionales de terceros a los Estados Unidos y al Canadá y en la formulación de constataciones sobre la base de argumentos no aducidos por las partes- son compatibles con el ESD y el *Acuerdo MSF*;
- g) revoca la conclusión del Grupo Especial de que los términos "basarán ... en" y "basar en", tal como se utilizan en los párrafos 1 y 3 del artículo 3, tienen el mismo significado que la expresión "estén en conformidad con" tal como se utiliza en el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*;
- h) modifica la interpretación del Grupo Especial de la relación entre los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, y revoca la conclusión del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas, al mantener, sin la justificación prevista en el párrafo 3 del artículo 3, medidas sanitarias y fitosanitarias que no están basadas en normas internacionales existentes, procedieron en forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*;
- i) confirma la constatación del Grupo Especial de que una medida, para ser compatible con las prescripciones del párrafo 3 del artículo 3, debe cumplir, entre otras cosas, las prescripciones contenidas en el artículo 5 del *Acuerdo MSF*;
- j) modifica la interpretación del Grupo Especial del concepto "evaluación del riesgo" declarando que ni los párrafos 1 y 2 del artículo 5 ni el anexo A.4 del *Acuerdo MSF* exigen una evaluación del riesgo para establecer una magnitud mínima cuantificable de riesgo, y que dichas disposiciones tampoco excluyen *a priori* del alcance de una evaluación del riesgo factores que no sean susceptibles de un análisis cuantitativo mediante métodos de laboratorio empíricos o experimentales, que se asocian normalmente con las ciencias físicas;

- 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 conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 2, prescribe que los resultados de la evaluación del riesgo deben justificar en forma suficiente la medida sanitaria o fitosanitaria cuestionada;
- m) revoca las constataciones y conclusiones del Grupo Especial con respecto al párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; y
- n) llega a la conclusión de que el Grupo Especial ejerció la economía procesal adecuada al no formular constataciones con respecto a los párrafos 2 del artículo 2 y 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

254. Las constataciones y conclusiones jurídicas precedentes confirman, modifican y revocan las constataciones y conclusiones del Grupo Especial contenidas en las Partes VIII y IX de sus Informes, pero dejan intactas las constataciones y conclusiones del Grupo Especial que no fueron objeto de la presente apelación.

255. El Órgano de Apelación *recomienda* que el Órgano de Solución de Diferencias pida a las Comunidades Europeas que pongan las medidas sanitarias y fitosanitarias que en el presente Informe y en los Informes del Grupo Especial modificados por este Informe se declaran incompatibles con el *Acuerdo MSF* en conformidad con las obligaciones que corresponden a las Comunidades Europeas en virtud de ese Acuerdo.

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