

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 567.

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 Tecnos, 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 representan 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 podía 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 *arguyendo* 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 olapuinox 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 centrandó 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