

COMENTARIO SOBRE *ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ — MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN LA DIFERENCIA CE — HORMONAS*, INFORME DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

Perla Buenrostro Rodríguez*

El informe del Órgano de Apelación en este caso se distribuyó entre los Miembros de la OMC el 16 de octubre de 2008. Ambas partes, tanto las Comunidades Europeas (CE) por un lado, como Estados Unidos y Canadá por el otro, apelaron distintos aspectos en esta disputa. Fueron las CE quienes iniciaron este procedimiento para principalmente cuestionar porqué los EE.UU. y Canadá mantenían la suspensión de concesiones en su contra en el presente caso, a pesar de que ya habían notificado la Directiva 2003/74/CE (de aquí en adelante Directiva 2003), mediante la cual, desde su punto de vista, daban cumplimiento a las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en la disputa *CE-Hormonas (Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas))*.

Entre las principales cuestiones jurídicas que fueron analizadas y resueltas en este caso están: 1. Que la misma simple declaración unilateral de cumplimiento por parte de un Miembro que está sujeto a suspensión de concesiones no es suficiente para dar por terminadas las contramedidas; 2. Que el Miembro o los Miembros que cuenten con una autorización para suspender concesiones mantendrán su derecho hasta que no se pruebe, mediante procedimientos multilaterales, que hay un cumplimiento sustantivo por parte del Miembro sobre el cual se aplican medidas de retorsión; 3. Que los procedimientos del artículo 21.5 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) para determinar el cumplimiento pueden ser iniciados tanto por los reclamantes como por los demandados iniciales; 4. Que se requiere respetar los derechos al debido proceso escogiendo expertos científicos que sean independientes e imparciales en el ejercicio de sus funciones; 5. Que el rol de los grupos especiales es examinar la evaluación de riesgo que efectúan las autoridades nacionales, y no decidir sobre cuál es la mejor información científica. En este sentido, el Órgano de Apelación aclara que el mandato de los grupos especiales está limitado a determinar si la evaluación de riesgo está apoyada por un razonamiento coherente y evidencia científica respetable, a pesar de que no necesariamente refleje la posición de la mayoría de la comunidad científica; y 6. Que el requisito de insuficiencia previsto en el artículo 5.7 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) para implementar medidas provisionales no exige que la nueva evidencia científica deba desplazar completamente aquella evidencia sobre la cual se basa una norma internacional. En cambio, solamente será necesario que esa nueva evidencia ponga en duda la evidencia actual.

1. Antecedentes

Este caso se remonta a 1996, cuando Canadá y los EE.UU. solicitaron el establecimiento de un grupo especial por las restricciones aplicadas por las CE mediante la Directiva 96/22/CE a las importaciones de ganado y carne procedente de ganado tratada con ciertas sustancias de efecto hormonal, a saber estradiol-17 β , la testosterona, progesterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA. Tanto Canadá como los EE.UU. aducían en sus solicitudes incompatibilidades con los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo MSF, así como los artículos III y XI del GATT, el artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura. El 16 de enero de 1998 el Órgano de Apelación dio a conocer su informe confirmando la constatación anterior del Grupo Especial de que la prohibición europea era incompatible con los artículos 3.3 y 5.1 del Acuerdo MSF, pero revocó la constatación del Grupo Especial respecto a que dicha

* Editora adjunta de la Revista de Derecho Económico Internacional e investigadora del Centro de Derecho Económico Internacional, ITAM.

prohibición era inconsistente con los artículos 3.1 y 5.5 del citado Acuerdo. Posteriormente, y debido a la falta de cumplimiento por parte de las CE, el 26 de julio de 1999 los EE.UU. y Canadá recibieron la autorización del OSD para aplicar medidas de retorsión por \$116,8 millones de dólares estadounidenses y \$11,3 millones de dólares canadienses, respectivamente, de acuerdo al nivel de anulación determinado en arbitraje. Así entonces, en ese mismo año, tanto los EE.UU. como Canadá aplicaron derechos de importación del 100% *ad valorem* a una serie de importaciones procedentes de la Unión Europea.

Después de las recomendaciones del OSD, las CE emprendieron 17 estudios científicos para evaluar los riesgos que representaban para la salud humana las seis hormonas en cuestión. El Comité científico de las medidas veterinarias relacionadas con la salud pública (SCVPH) de las CE realizó un dictamen en 1999, que luego fue revisado en 2000 y 2002 sobre la base de datos científicos más recientes, entre ellos del Comité Mixto FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación)/OMS (Organización Mundial de la Salud) de Expertos en Aditivos Alimentarios (JECFA, por sus siglas en inglés). Derivado de las conclusiones de esos informes, el 22 de septiembre de 2003 las CE adoptaron la Directiva 2003. En ella se prevé la prohibición permanente de la importación de carne y productos cárnicos de animales tratados con estradiol-17 β para estimular el crecimiento, sobre la base de la evaluación del SCVPH que indica que recientemente se habían obtenido pruebas que apuntan a que dicha hormona debe considerarse carcinógeno completo puesto que provoca tumores y favorece su desarrollo. No obstante, agrega que los datos actualmente disponibles no permiten hacer una estimación cuantitativa del riesgo, y que la regulación europea estará en vigor hasta que las CE encuentre datos más completos ante la deficiencia de conocimientos sobre estas sustancias. Esa misma Directiva prevé una prohibición provisional sobre la carne y los productos cárnicos de bovinos tratados con fines de estimulación del crecimiento con progesterona, testosterona, zeranol, acetato de trembolona y MGA.

Con la notificación de la Directiva 2003 al OSD el 27 de octubre de ese mismo año, las CE manifestaron que a su parecer las evaluaciones de riesgo justificaban sus prohibiciones a las importaciones de carne, y que por lo tanto la suspensión de concesiones impuesta por los EE.UU. y Canadá ya no tenía razón de ser. Así pues, el 17 de febrero de 2005 fue establecido un grupo especial para dirimir esta cuestión, cuyo fallo no fue del agrado en particular de las CE por lo que se dio inicio al procedimiento de apelación.

2. Alegaciones de las partes

Entre las principales alegaciones de las partes en esta apelación están:

1. Las CE consideran que el Grupo Especial incurrió en un error al no constatar que el artículo 23.2 (a) del ESD, leído conjuntamente con el artículo 21.5 y el artículo 23.1, obligaba a los EE.UU. y Canadá a iniciar un procedimiento de cumplimiento previsto en el artículo 21.5 si consideraban que la Directiva 2003 no cumplía con las recomendaciones y resoluciones del OSD.
2. Asimismo las CE afirman que el artículo 22.8 del ESD exigía la terminación de la suspensión de concesiones tras la adopción y notificación de la Directiva 2003. Por eso, a su parecer, el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la alegación que habían presentado con respecto al artículo 23.1 del ESD, leído conjuntamente con el artículo 22.8 y el artículo 3.7, se basaba en la conformidad efectiva de la Directiva 2003 con el Acuerdo MSF.
3. Las CE también alegan que el Grupo Especial se excedió de su mandato y asumió erróneamente las funciones de un grupo especial del artículo 21.5 al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003 con el Acuerdo MSF.

4. Las CE también piden al Órgano de Apelación que “mejore” la sugerencia del Grupo Especial de que los EE.UU. y Canadá deben recurrir “sin demora a las normas y procedimientos del ESD” para que quede claro que dichos países deben dejar de aplicar la suspensión de concesiones y recurrir al artículo 21.5 del ESD, o a otro procedimiento de solución de diferencias para buscar una solución multilateral a los desacuerdos con las CE.
5. Las CE tampoco están de acuerdo en que se haya respetado el criterio de imparcialidad e independencia en la selección de dos árbitros expertos científicos. A su parecer, y puesto que el Dr. Boisseau y el Dr. Boobis habían participado en la redacción de los informes del JECFA, no podían garantizarse esos requisitos.
6. Asimismo, la CE considera que el Grupo Especial falló al determinar que la prohibición permanente de la carne y los productos cárnicos del ganado bovino tratado con estradiol-17 β aplicada de conformidad con la Directiva 2003/74/CE, no se basaba en una evaluación del riesgo según el artículo 5.1 y el Anexo A del párrafo 4 del Acuerdo MSF.
7. Finalmente, las CE aduce que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los testimonios científicos pertinentes sobre las cinco hormonas no eran “insuficientes” en el sentido del artículo 5.7 del Acuerdo MSF, y que por lo tanto, la prohibición provisional de la importación y la comercialización de la carne de bovinos tratados con estas cinco hormonas no satisfacía lo exigido por esa norma.

Por su parte, EE.UU. y Canadá apelaron lo siguiente:

1. Que el Grupo Especial se había equivocado al constatar que ambos países habían violado el artículo 23.1 y 23.2 a) al intentar reparar una infracción cometida por la Directiva 2003, así como definir esa infracción sin atender las normas y procedimientos del ESD. En tal sentido, los EE.UU. y Canadá argumentan que la notificación de dicha Directiva fue una simple declaración unilateral de cumplimiento, y que no se cumpliero las condiciones previstas en el artículo 22.8 para que la autorización del OSD dejara de estar en vigor.
2. Que el Grupo Especial cometió un error al decir que no era competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de la Directiva 2003 con el Acuerdo MSF. Desde su punto de vista, el Grupo Especial expresamente reconoció que el artículo 22.8 lo obligaba a examinar, como condición previa, esa compatibilidad con el referido Acuerdo.
3. También piden que el Órgano de Apelación revoque la sugerencia del Grupo Especial de que ambos países deberían recurrir sin demora a las normas y procedimientos del ESD. Canadá en tal sentido, consiera que esta apreciación está equivocada y no contribuye a una “pronta solución” de la diferencia pues ya en el procedimiento ante el Grupo Especial se ha hecho un examen de la compatibilidad de la medida cuestionada.

3. Cese de la suspensión de concesiones: artículo 22.8 del ESD

El primer aspecto que analiza el Órgano de Apelación en esta disputa, pero que también es considerado por primera vez en la jurisprudencia de la OMC, es sobre en qué momento y a quién corresponde terminar la suspensión de concesiones puesta en marcha una vez que ha habido una declaración de aparente cumplimiento por parte del Miembro sujeto a medidas de retorsión.

Las CE alegan que el Miembro que suspende concesiones debe iniciar un procedimiento de cumplimiento previsto en el artículo 21.5, mientras que los EE.UU. y Canadá – sobre todo Canadá – defienden que las CE podrían haberlo iniciado, y que nada impide que incluso recurran al

establecimiento de un nuevo grupo especial. Consideran además que la suspensión de concesiones no pudo haberse interrumpido pues no se habían satisfecho las condiciones del artículo 22.8, a saber, que hubo un cumplimiento real por parte de las CE.

En este orden de ideas, el Órgano de Apelación examina: 1) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el artículo 22.8 exige el cumplimiento real por las CE de las recomendaciones y resoluciones del OSD antes de que los EE.UU. y Canadá deban poner fin a la citada suspensión; y 2) si el procedimiento del artículo 21.5 es el que corresponde seguir, y cuál de las partes debe iniciar el procedimiento. Finalmente, y como dice el Órgano de Apelación, “esta diferencia se refiere a la licitud de la suspensión de concesiones”² que tanto los EE.UU. como Canadá mantienen después de la notificación de la Directiva 2003 por parte de las CE.

Como lo solicita las CE, el Órgano de Apelación analiza los artículos 3.7 del ESD, que establece que “el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de ... los acuerdos abarcados”, y 22.8 del ESD, que exige que “la suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria”. Respecto a esta segunda disposición, el Órgano de Apelación interpreta que su redacción pide que “debe ponerse fin a la suspensión de concesiones porque ha habido una solución definitiva y sustantiva de la diferencia”³. No se trata de suprimir la mera existencia de la medida cuestionada, sino su incompatibilidad. Cuando el Miembro aplica una medida para sustituir aquella que es incompatible, ésta debe dar lugar al cumplimiento sustantivo, es decir, al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD y la compatibilidad de los Acuerdos abarcados⁴.

Por consiguiente, el Órgano de Apelación rechaza la interpretación formalista que hace las CE respecto al artículo 22.8, en el sentido de que la adopción y la notificación al OSD de una medida destinada a cumplir y que sustituye a la medida inicial son suficientes para probar que la incompatibilidad con un Acuerdo abarcado ha desaparecido⁵.

El Órgano de Apelación concluye que el artículo 22.8 brinda la garantía al Miembro que suspende concesiones conforme al ESD, que esta prerrogativa seguirá estando permitida hasta que se alcance el cumplimiento sustantivo o, en caso de desacuerdo, hasta que lo confirme un procedimiento multilateral⁶. Asimismo agrega que la mera existencia de la declaración unilateral sobre la aplicación de una nueva medida adoptada de buena fe por las Comunidades Europeas, no significa que se haya alcanzado un cumplimiento sustantivo. En otras palabras, como afirma el Órgano de Apelación, “exigir que se ponga fin a la suspensión de concesiones simplemente porque un Miembro declara que ha suprimido la medida incompatible, sin que haya una determinación multilateral de que efectivamente se ha conseguido un cumplimiento sustantivo, socavaría la importante función de inducir al cumplimiento que desempeña la suspensión de concesiones”⁷. Y continúa, “ello debilitaría de manera significativa la eficacia del sistema de solución de diferencias de la OMC y su capacidad para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”.

Respecto a la vía procesal que debe seguirse para resolver los desacuerdos sobre la compatibilidad de las medidas adoptadas por las CE, el Órgano de Apelación afirma que el procedimiento previsto en el artículo 21.5 es el que corresponde para determinar si la Directiva 2003 ha alcanzando el cumplimiento sustantivo necesario, y por lo tanto que se ha cumplido la

² *Estados Unidos y Canadá — Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE — Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 299.

³ *Ibidem*, párrafo 304.

⁴ *Ibidem*, párrafo 305.

⁵ *Ibidem*, párrafo 380.

⁶ *Ibidem*, párrafo 308.

⁷ *Ibidem*, párrafo 381.

condición del artículo 22.8 que obliga a poner fin a la suspensión de concesiones⁸. No obstante, el Órgano de Apelación aclara que a pesar de que las partes cuenten con diferentes medios consensuales (como las consultas, la mediación, los buenos oficios, la conciliación y el arbitraje) para resolver una diferencia, la vía procesal obligatoria es el procedimiento del artículo 21.5. Esto debido a que el mismo está pensado para revisar el cumplimiento con las recomendaciones del OSD en un procedimiento anterior inicial, y porque el Grupo Especial L contaría con la experiencia y conocimiento de las personas que ya actuaron como panelistas, logrando así la pronta solución en una diferencia.

Sobre quién debe iniciar este procedimiento de cumplimiento, el Órgano de Apelación constata que el Grupo Especial no incurrió en error al afirmar que el procedimiento del artículo 21.5 no únicamente está abierto al reclamante inicial, sino también a demandantes y reclamantes iniciales. En ese sentido, el texto es neutro y deja abierta la posibilidad de que cualquiera de las dos partes entable el procedimiento⁹.

4. Prohibición del uso de medidas unilaterales: artículo 23 del ESD

Quizás el artículo 23 del ESD es uno de los más relevantes en cuanto a la defensa de un sistema multilateral para dirimir controversias comerciales e impedir el recurso a medidas unilaterales. Su párrafo 1 en concreto, recuerda el Órgano de Apelación, señala la obligación fundamental de los Miembros de la OMC de recurrir a las normas y procedimientos del ESD cuando tratan de reparar el incumplimiento de los Acuerdos abarcados¹⁰. Su párrafo 2, sobre prohibiciones específicas de medidas unilaterales, debe interpretarse en el contexto del primer párrafo¹¹.

EE.UU. y Canadá alegan que el Grupo Especial falló en su determinación respecto a que ambos habían violado el artículo 23.1 y 23.2 a) al mantener la suspensión de concesiones a pesar de que las CE habían notificado la Directiva 2003. En particular, EE.UU. y Canadá afirman que se incurrió en error por dos razones: i) al constatar que mediante el mantenimiento de las medidas de retorsión tratan de reparar un incumplimiento con relación a la Directiva 2003; y ii) al formular una determinación unilateral de que se había producido una infracción sin recurrir al sistema de solución de diferencias según lo dispuesto en el ESD.

En su análisis, el Órgano de Apelación dice que la suspensión de concesiones que haya sido debidamente autorizada por el OSD no constituirá una violación del artículo 23.1 mientras ésta sea compatible con el artículo 22 (de los párrafos 2 a 8). La razón fundamental es que para obtener la comentada autorización para aplicar medidas de retorsión, un Miembro ha seguido un proceso de solución de diferencias y respetado las etapas correspondientes que lo condujeron hasta esas últimas consecuencias¹². En otras palabras, cuando la suspensión de concesiones ha sido debidamente autorizada por el OSD y se aplica de manera compatible con el ESD, incluido el artículo 22.8, no hay una violación del artículo 23.1. Por lo tanto, el Órgano de Apelación determina que el Grupo Especial cometió un error en su análisis, pues tenía que determinar primero si la suspensión de concesiones se estaba aplicando de manera compatible con el artículo 22.8 antes de señalar un incumplimiento de EE.UU. y Canadá respecto al artículo 23, lo que implica un análisis jurídico de ambas disposiciones y no de forma separada como lo hizo el Grupo Especial.

Sobre la acusación de que los EE.UU. y Canadá “tratan de reparar una infracción”, el Órgano de Apelación dice que la determinación del Grupo Especial “parece dar por supuesto lo que aún queda por demostrar, es decir, que la medida incompatible contra la cual se autorizó la suspensión

⁸ *Ibidem*, párrafo 338.

⁹ *Ibidem*, párrafo 347.

¹⁰ *Estados Unidos — Determinados productos procedentes de las CE*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 111.

¹¹ *Estados Unidos — Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.44.

¹² *Estados Unidos y Canadá — Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE — Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 374.

de concesiones (la Directiva 96/22/CE) ha sido efectivamente ‘suprimida’, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, mediante la Directiva 2003/74/CE”¹³, por lo que descarta esa constatación.

El Órgano de Apelación también rechazó el argumento de las CE en el sentido de que los EE.UU. realizaron una “determinación” de que la Directiva 2003 estaba violando las obligaciones de las CE sin recurrir al ESD. Las CE se refieren a las reiteradas declaraciones de los EE.UU. en las reuniones del Órgano de Solución de Diferencias para sostener esta reclamación. Sin embargo, el Órgano de Apelación no consideró que estas declaraciones tuvieran el efecto mencionado, pues carecen de la suficiente “firmeza o inmutabilidad” para constituir una determinación en el sentido del artículo 23.2 a)¹⁴. Dichas declaraciones “no están destinadas a surtir efectos jurídicos”¹⁵ pues tendrían un efecto “paralizante” dado que los Miembros se abstendrían de expresar sus opiniones sobre la incompatibilidad de las medidas de otros Miembros con la OMC para evitar que se constate que esas declaraciones violan el artículo 23, afectando así la capacidad de los Miembros para expresarse libremente¹⁶.

Respecto a la sugerencia del GE de que los EE.UU. y Canadá “deben recurrir sin demora” a los procedimientos del ESD, el Órgano de Apelación la revoca puesto que ésta se basaba en la infracción del artículo 23.1 y 23.2 a).

¹³ *Ibidem*, párrafo 387.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 396.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 398.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 399.

5. Debido proceso y selección de expertos científicos

Las CE también argumentan que el GE no respetó el debido proceso ni realizó una evaluación objetiva según el artículo 11 del ESD pues seleccionó a dos expertos que presentaban conflicto de intereses en este caso, el Dr. Jacques Boisseau y el Dr. Alan Boobis. Por un lado, a juicio de las CE, el Dr. Boisseau ya había adoptado “una posición a favor de la inocuidad de estas hormonas”, y por el otro, el Dr. Boobis recibió “financiación de la industria farmacéutica para su investigación y asesoramiento”¹⁷. Además, alegan que ambos autores figuran entre los autores de los informes preparados por el Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios (JECFA), los cuales son criticados en la Directiva 2003, por lo que “no puede considerarse que sean independientes e imparciales, porque ello equivaldría a pedirles que examinaran y criticaran informes que ellos mismos habían redactado”¹⁸. El Órgano de Apelación recuerda su constatación en *Chile – Sistema de bandas de precios* en el sentido de que conceder las debidas garantías procesales es “inherente al sistema de solución de diferencias de la OMC”¹⁹.

Sobre este punto, al final el Órgano de Apelación al final falla que la selección de estos dos expertos “comprometía su nombramiento y con ello la independencia e imparcialidad resolutorias del Grupo Especial”²⁰.

6. Mandato del Grupo Especial y compatibilidad de evaluación de riesgo (artículo 5.1 Acuerdo MSF)

Las CE alegan que el GE se excedió de su mandato al examinar la conformidad de la Directiva 2003 con el Acuerdo MSF, pues esa no era la secuencia solicitada por ellos respecto a la revisión de la medida. Como estableció el Órgano de Apelación, primero había que determinar si la Directiva 2003 constituía un cumplimiento sustantivo para decidir si los EE.UU. y Canadá estaban obligados a poner fin a la suspensión de concesiones, según el artículo 22.8, y si el hecho de no hacerlo conformaba una infracción al artículo 23.1, leído conjuntamente con los artículos 22.8 y 3.7 del ESD. Por lo tanto, el Órgano de Apelación afirma que para decidir si las CE habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD, el GE tenía que examinar si las CE habían puesto su prohibición permanente a las importaciones en relación con el estradiol-17 β en conformidad con el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, basando la prohibición de importación presente en la Directiva 2003 en una evaluación de riesgo adecuada²¹.

En su análisis, el Órgano de Apelación recordó que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben basarse en una evaluación de riesgo y que debe haber “una relación racional” entre la medida en cuestión y dicha evaluación²². Asimismo, puntualiza que no es necesario que una medida sanitaria o fitosanitaria esté basada en una evaluación de riesgo hecha por el Miembro que la adopta, pues puede basarse en evaluaciones hechas por organismos internacionales competentes²³. También agrega que la “incertidumbre teórica” no es el tipo de riesgo que se busca evaluar, sino un riesgo “verificable”, y que la evaluación de riesgo debe tener “el grado de especificidad necesario” en cuanto al daño y el agente que podría causar ese daño²⁴.

En esta disputa en concreto, las CE adoptaron un nivel de protección más elevado al que se alcanzaría con la norma internacional del Codex para el estradiol-17 β . Esto debido a que las CE lo identificaba como cancerígeno humano con posibles efectos perjudiciales para la salud cuando se

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 426.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Chile – Sistema de bandas de precios*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 176.

²⁰ *Estados Unidos y Canadá – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 736, b).

²¹ *Ibidem*, párrafo 327.

²² *CE – Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 193.

²³ *Estados Unidos y Canadá – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 530.

²⁴ *Japón – Manzanas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 202.

consume en carne de bovinos tratados con dicha hormona. Las CE, en tal sentido, alegaron que el Grupo Especial había excluido pruebas relativas al uso indebido o el abuso y las dificultades de control de administración de hormonas al ganado con fines de estimulación de crecimiento, pues las había considerado como un asunto de “gestión de riesgo” y no de evaluación de riesgo. Este argumento es relevante en la medida que dicho uso indebido o abuso puede llevar a concentraciones más altas de residuos de hormonas en la carne y productos cárnicos al no observarse las buenas prácticas veterinarias.

El Órgano de Apelación resuelve la cuestión invocando su criterio anterior en ese mismo caso *CE – Hormonas*, que cita que “[c]uando 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’”²⁵.

Así entonces, el Órgano de Apelación concluye que “los riesgos derivados del abuso o uso indebido en la administración de hormonas se pueden considerar debidamente como parte de una evaluación del riesgo”, y que “cualquier sugerencia de que esos riesgos no pueden formar parte de una evaluación del riesgo sería un error de derecho”²⁶.

Por otro lado, las CE apelan que el Grupo Especial no aplicó la norma de examen correcta pues trató de determinar “cuáles son las conclusiones científicas correctas con respecto a las hormonas en cuestión” en lugar de definir si “se encuentra en la comunidad científica pertinente un apoyo digno de crédito de la determinación hecha por las Comunidades Europeas a las luz del nivel de protección que han elegido”²⁷. En consecuencia, el Órgano de Apelación concluyó que el GE se había excedido en su mandato y de la evaluación objetiva que pide el artículo 11 del ESD por los siguientes motivos:

“Cuando un grupo especial va más allá de los límites de este mandato y actúa como evaluador del riesgo, sustituye el juicio del evaluador del riesgo por su propio juicio científico y hace un examen *de novo*, con lo cual se excede de las funciones que le atribuye el artículo 11 del ESD. Por consiguiente, la facultad de examen de los grupos especiales no consiste en determinar si la evaluación del riesgo realizada por un Miembro de la OMC es correcta, sino en determinar si se basa en un razonamiento coherente y en testimonios científicos respetables y si, en este sentido, se puede justificar objetivamente”²⁸.

El Órgano de Apelación luego continúa diciendo que “los grupos especiales deben evaluar si las conclusiones concretas extraídas por el Miembro que evalúa el riesgo encuentran suficiente respaldo en los que se han basado”. Así entonces, los grupos especiales deben establecer si los resultados de la evaluación del riesgo “justifican suficientemente” la medida sanitaria o fitosanitaria de que se trata, para lo cual no es necesario que el fundamento científico refleje la opinión mayoritaria, siempre que venga de “una fuente competente y respetada”²⁹.

La tarea del GE, aclara el Órgano de Apelación, no es realizar una evaluación de riesgo. En efecto, cuando recurre a expertos para realizar su evaluación objetiva, es para apoyarse en ellos e “identificar el fundamento científico” de la medida en cuestión y “verificar que dicho fundamento” se deriva de una fuente fidedigna, a pesar del número de voces que la respalden.

²⁵ *CE – Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 206 (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página).

²⁶ *Estados Unidos y Canadá — Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 545.

²⁷ Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 294 y 290.

²⁸ *Estados Unidos y Canadá — Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 590.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 591, en relación a *CE – Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 194.

Por todo lo anterior, y después de analizar el proceder el GE en este caso en concreto, el Órgano de Apelación encuentra que una parte importante de su razonamiento consistió en resúmenes de las respuestas de los expertos, y que ese no era el curso que debía de haber tomado. Resúmenes que además consisten en un análisis general de que la genotoxicidad del estradiol-17 β está ampliamente aceptada por la comunidad científica. El GE parece haber hecho una “encuesta del asesoramiento presentado por los expertos científicos” y basado su decisión en si la mayoría o varios de esos expertos estaban de acuerdo con la evaluación de riesgo llevada a cabo por las CE, dijo el Órgano de Apelación. Pero lo que debió haber hecho el GE, era “identificar cuál era el fundamento científico en que se había apoyado la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas para llegar a las conclusiones relativas a la genotoxicidad del estradiol-17 β ; comprobar si ese fundamento científico provenía de una fuente respetada y competente; y determinar si el razonamiento desarrollado sobre la base de esos testimonios científicos [era] objetivo y coherente”³⁰.

Por lo tanto, el Órgano de Apelación concluye que el GE no encaró su tarea debidamente, pues “examinó las opiniones de los expertos científicos y de una forma un tanto perentoria decidió lo que consideraba era la mejor información científica, en lugar de ceñirse al ejercicio más limitado que exigía su mandato”³¹. Enfatizó que la misión del Grupo Especial y también la de los expertos consultados, no era definir si hay un riesgo de que el consumo de la carne de bovinos tratados con estradiol-17 β provoca cáncer, sino revisar la evaluación de riesgo que emprendió las CE³².

En última instancia y por los motivos antes expuestos, el Órgano de Apelación señala que el GE no aplicó la norma de examen adecuada, dando como resultado un error de derecho y excediéndose en sus facultades respecto a la evaluación de los testimonios de los expertos pues le dio gran peso a la mayoría. Así pues, determina que dada la naturaleza sumamente controvertida de los hechos en el presente caso, y a pesar de que ya lo ha hecho en ocasiones anteriores, no puede completar el análisis del GE y por lo tanto se abstiene de llevar a cabo esa función.

7. La compatibilidad del recurso a medidas provisionales (artículo 5.7 Acuerdo MSF)

El artículo 5.7 del Acuerdo MSF dispone que “cuando los testimonios científicos pertinentes sean suficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga...”. En tal sentido, el GE concluyó que no se había demostrado que la información científica era “insuficiente” para proseguir con la prohibición de importación.

Sin embargo, respecto a esa determinación, las CE adujeron que el GE no tuvo en cuenta que habían escogido un nivel de protección más elevado de acuerdo con la posibilidad contemplada en el artículo 3.3, que permite tal situación siempre que esa protección adicional esté basada en normas internacionales pertinentes³³. El Órgano de Apelación, no obstante, señala que el Miembro que tome ese tipo de medidas debe asegurarse de que su medida se ajuste al Acuerdo MSF, y en particular su artículo 5 sobre evaluación de riesgo³⁴, pues la presunción del artículo 3.2 que contempla que las medidas que sean tomadas de acuerdo con normas internacionales son compatibles con el Acuerdo MSF y el GATT de 1994, no es aplicable a este supuesto. No obstante, determina que la existencia de evaluaciones realizadas por el JECFA u otro organismo internacional respecto a las cinco hormonas en litigio tiene valor probatorio, pero no es concluyente en relación a si los testimonios científicos pertinentes son o no “suficientes” en el marco del artículo 5.7 del Acuerdo MSF. Esto debido a que la evaluación de riesgo que haya realizado un organismo internacional para la

³⁰ *Ibidem*, párrafo 601.

³¹ *Ibidem*, párrafo 612.

³² *Ibidem*, párrafo 614.

³³ *Ibidem*, párrafo 682.

³⁴ *Ibidem*, párrafo 685.

adopción de una norma de esa naturaleza puede haber dejado de ser válida, o haberse vuelto insuficiente a la luz de la evolución científica posterior³⁵.

Respecto a la suficiencia de esa nueva información que pondrá en tela de juicio el conocimiento anterior, el GE dijo que debe tratarse de una masa crítica de nuevos testimonios y/o información. Sin embargo, y según el criterio ya invocado por el Órgano de Apelación en casos anteriores, la información será insuficiente cuando “en términos cuantitativos o cualitativos” no permite realizar una evaluación de riesgo adecuada³⁶. Así entonces, el Órgano de Apelación no considera que sea necesario llegar hasta ese nivel de cambio de paradigma (o un cambio en cómo se entiende una cuestión científica), pues supone un umbral demasiado alto³⁷. En su lugar, el Órgano de Apelación autoriza que los nuevos testimonios pongan en tela de juicio la relación entre el conjunto de testimonios científicos y las conclusiones relativas al riesgo, y no respecto a “los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores” sobre las cinco hormonas, como pedía el GE³⁸.

En consencia, el Órgano de Apelación revocó la constatación del GE de que “no se ha demostrado que los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en relación con ninguna de las cinco hormonas respecto de las cuales las Comunidades Europeas aplican una prohibición provisional”³⁹. No obstante, y según el artículo 5.1 del *Acuerdo MSF*, el Órgano de Apelación se declara incompetente para completar el análisis legal, y por lo tanto para hacer constataciones respecto a la consistencia o inconsistencia de la medida provisional de las CE.

8. Cuestiones jurídicas que están por resolverse en asuntos futuros

Este caso es muy relevante para aclarar ciertos aspectos procesales en cuanto a la terminación de la suspensión de concesiones, pero también sustanciales respecto hasta dónde llega la facultad de los grupos especiales para examinar la evaluación de riesgo aplicada por las autoridades nacionales respecto a medidas sanitarias y fitosanitarias, así como quién tiene la carga de la prueba.

Respecto al primer punto, el Órgano de Apelación dilucida dudas respecto a que una simple declaración de cumplimiento de buena fe no es suficiente para conceder el levantamiento de las medidas de retorsión, y que un panel del artículo 21.5 es competente para analizar esta cuestión y determinar por lo tanto, si ha habido o no un cumplimiento real que permita dar por terminado *ipso jure* el último recurso del ESD.

Sobre el segundo punto, el Órgano de Apelación ha confirmado la norma de examen de los grupos especiales respecto a no hacer un nuevo examen de la evidencia ante ellos, sino de revisar los pasos que se siguieron a nivel nacional para llegar a determinada medida sanitaria o fitosanitaria, confirmando así el derecho soberano de los Miembros para recurrir a estas vías por razones justificadas.

Un aspecto que queda pendiente de resolver en un futuro es la práctica del “carrusel” respecto a la aplicación de medidas de retorsión. Ésta consiste en revisar y eventualmente cambiar la lista autorizada por el OSD de bienes sujetos a suspensión por consideraciones de diversa índole. Actualmente EE.UU. tiene esa prerrogativa⁴⁰, pero no hizo uso de ella en este caso, a pesar de que el 15 de enero de 2009, luego de darse a conocer el fallo del Órgano de Apelación, anunciara una lista recompuesta que afectaría a los 27 miembros de la Unión Europea. Las CE no ha estado de

³⁵ *Ibidem*, párrafo 695.

³⁶ *Japón – Manzanas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 179.

³⁷ *Estados Unidos y Canadá — Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE — Hormonas*, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 706.

³⁸ *Ibidem*, párrafo 721.

³⁹ *Ibidem*, párrafo 734.

⁴⁰ Sección 407 de la *Trade and Development Act* de 2000 (P.L. 106-200), enmienda de la Sección 306 de la *Trade Act* 1974.

acuerdo con ese enfoque debido a que pondría en peligro la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio⁴¹.

Como consecuencia también del informe del Órgano de Apelación, en enero de 2009 las CE solicitaron la celebración de consultas bajo el procedimiento de cumplimiento del artículo 21.5 del ESD. Al cabo de algunos meses, finalmente el 30 de septiembre de ese año las CE y los EE.UU. dieron a conocer un memorándum de entendimiento para establecer las nuevas reglas de acceso a mercado para la carne de “calidad” procedente de los EE.UU. a cambio de una disminución gradual de la suspensión de concesiones hasta su extinción.⁴² A la fecha de redacción de este documento, EE.UU. y Canadá se encontraban en la primera de tres fases de implementación del acuerdo referido, que permitirá una cuota de importación de 20.000 toneladas, para luego dar paso a 45.000, y tal vez incluso a más apertura si así lo acuerdan las partes. En cuanto a Canadá, la suspensión de concesiones sigue en pie sin que de momento medie una solución en una de las más largas disputas en la historia de la OMC.

⁴¹ Para más sobre esta cuestión, ver Koops, C., “Suspensions – to be continued. The consequences of the Appellate Body Report in Hormones II”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 36, no. 4, 2009, pp. 353-368.

⁴² Documento OMC, WT/DS/26/28, del 30 de septiembre de 2009.