ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS321/AB/R
16 de octubre de 2008

(08-4927)

Original: inglés

CANADÁ - MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN LA DIFERENCIA CE - HORMONAS

AB-2008-6

Informe del Órgano de Apelación

Índice

Página

I. Introducción 1
II. Argumentos de los participantes y los terceros participantes 18
A. *Alegaciones de las Comunidades Europeas - Apelante* *18*
1. Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público 18
2. Párrafo 2 a) del artículo 23 y párrafo 5 del artículo 21 del ESD 21
3. Párrafo 8 del artículo 22 del ESD 24
4. El mandato del Grupo Especial 27
5. La sugerencia del Grupo Especial con respecto a la aplicación 28
6. La selección de expertos realizada por el Grupo Especial 30
7. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 32
8. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 39
B. *Argumentos de los Estados Unidos - Apelado* *47*
1. Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público 47
2. Párrafo 2 a) del artículo 23 y párrafo 5 del artículo 21 del ESD 50
3. Párrafo 8 del artículo 22 del ESD 52
4. El mandato del Grupo Especial 54
5. La sugerencia del Grupo Especial con respecto a la aplicación 55
6. La selección de expertos realizada por el Grupo Especial 55
7. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 57
8. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 62
C. *Argumentos del Canadá - Apelado* *66*
1. Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público 66
2. Párrafo 2 a) del artículo 23 y párrafo 5 del artículo 21 del ESD 68
3. Párrafo 8 del artículo 22 del ESD 70
4. El mandato del Grupo Especial 72
5. La sugerencia del Grupo Especial con respecto a la aplicación 74
6. La selección de expertos realizada por el Grupo Especial 74
7. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 76
8. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 82
D. *Alegaciones de los Estados Unidos - Otro apelante* *86*
1. Presuntas discrepancias en la descripción de la medida en litigio por el Grupo Especial 86
2. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 23 del ESD 87
3. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD 90

Página

4. El alcance del mandato del Grupo Especial y la sugerencia del Grupo Especial 91
5. Conclusión 92
E. *Alegaciones del Canadá - Otro apelante* *92*
1. El examen por el Grupo Especial de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 "aisladamente" del párrafo 8 del artículo 22 del ESD 93
2. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 23 del ESD 96
3. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD 96
4. El alcance del mandato del Grupo Especial y la sugerencia del Grupo Especial 97
5. Conclusión 98
F. *Argumentos de las Comunidades Europeas - Apelado* *98*
1. La interpretación "armoniosa" de los artículos 21, 22 y 23 del ESD en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión 99
2. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 23 del ESD 102
3. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD 103
4. El alcance del mandato del Grupo Especial y la sugerencia del Grupo Especial 105
G. *Argumentos de los terceros participantes* *105*
1. Australia 105
2. Brasil 111
3. China 115
4. India 116
5. México 116
6. Nueva Zelandia 117
7. Noruega 121
8. Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu 123
III. Cuestiones planteadas en esta apelación 124
IV. La aplicación del ESD en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión 127
A. *Introducción* *127*
B. *Las constataciones del Grupo Especial* *129*
1. Alcance de las alegaciones de las Comunidades Europeas 129
2. La alegación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 5 del artículo 21 131

Página

3. La alegación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 134
4. La competencia del Grupo Especial 137
5. Carga de la prueba 138
6. La sugerencia del Grupo Especial 140
C. *Alegaciones y argumentos formulados en apelación* *140*
1. Apelación presentada por las Comunidades Europeas 140
2. Otras apelaciones presentadas por los Estados Unidos y el Canadá 142
3. Argumentos de los terceros participantes 145
D. *Cese de la suspensión de concesiones - Párrafo 8 del artículo 22 del ESD* *147*
1. Observaciones preliminares 147
2. ¿Cuándo debe un Miembro de la OMC poner fin a una suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD? 148
3. El análisis del Grupo Especial relativo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD 154
4. ¿Se excedió de su mandato el Grupo Especial al abordar la conformidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*? 158
E. *Vías procesales para resolver los desacuerdos acerca de si se ha suprimido la medida incompatible con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD* *164*
1. ¿Cuál es la vía procesal procedente para resolver un desacuerdo acerca de si la medida incompatible ha sido suprimida? 164
2. ¿Hay algo que impida que las Comunidades Europeas inicien un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 para determinar si la Directiva 2003/74/CE las ha puesto en conformidad? 169
F. *Análisis de las constataciones de "infracciones de carácter procesal" formuladas por el Grupo Especial* *177*
1. La prohibición de determinadas medidas unilaterales - Artículo 23 del ESD 178
2. El supuesto examen por el Grupo Especial de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 aisladamente de las prescripciones del párrafo 8 del artículo 22 del ESD 181
3. ¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que los Estados Unidos y el Canadá "tratan de reparar una infracción" con respecto a la Directiva 2003/74/CE? 185
4. ¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que los Estados Unidos y el Canadá habían formulado una determinación de infracción sin recurrir al ESD, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23? 189
5. Conclusión 195
G. *La constatación del Grupo Especial de que no tenía competencia para formular constataciones en el marco del* Acuerdo MSF *196*

Página

H. *La sugerencia del Grupo Especial* *197*
V. El debido proceso en las consultas del Grupo Especial con los expertos científicos 198
A. *Las constataciones del Grupo Especial* *198*
B. *Alegaciones y argumentos formulados en apelación* *203*
C. *¿Infringió el Grupo Especial el derecho a las debidas garantías procesales de las Comunidades Europeas y no hizo una evaluación objetiva de la cuestión en las consultas con los expertos científicos?* *207*
VI. La compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la prohibición de las importaciones de carne de bovinos tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento impuesta por las Comunidades Europeas 231
A. *Introducción* *231*
B. *La evaluación por las Comunidades Europeas del riesgo de la carne de bovinos tratados con estradiol-17β* *232*
C. *Las constataciones del Grupo Especial* *237*
D. *Alegaciones y argumentos formulados en apelación* *245*
E. *La evaluación de la Directiva 2003/74/CE realizada por el Grupo Especial con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del* Acuerdo MSF *250*
1. Disciplinas generales aplicables a la adopción de una medida sanitaria o fitosanitaria 250
2. La interpretación y aplicación por el Grupo Especial de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 257
3. El requisito de especificidad del Grupo Especial 266
4. Cuantificación del riesgo 271
5. Carga de la prueba 275
6. Formulación y aplicación por el Grupo Especial de la norma de examen en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 279
F. *Conclusión* *292*
VII. La compatibilidad con el párrafo 7 del artículo 5 del Acuerdo MSF de la prohibición provisional de las importaciones de carne de bovinos tratados con testosterona, progesterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA con fines de estimulación del crecimiento impuesta por las Comunidades Europeas 293
A. *Introducción* *293*
B. *La evaluación realizada por las Comunidades Europeas respecto de las cinco hormonas objeto de la prohibición provisional* *294*
C. *Las constataciones del Grupo Especial* *296*
D. *Alegaciones y argumentos formulados en apelación* *314*
E. *La constatación del Grupo Especial de que los testimonios científicos pertinentes en relación con las cinco hormonas no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del* Acuerdo MSF *322*
1. La insuficiencia y el nivel de protección aceptable 326

Página

2. Pertinencia de las normas internacionales con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 330
3. El criterio de la "masa crítica" adoptado por el Grupo Especial para determinar una "insuficiencia" en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 334
4. La asignación por el Grupo Especial de la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 339
5. La aplicación por el Grupo Especial del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* 342

F. *Conclusiones* *348*

VIII. Constataciones y conclusiones 349

ANEXO I Notificación de la apelación de las Comunidades Europeas
ANEXO II Notificación de otra apelación de los Estados Unidos
ANEXO III Notificación de otra apelación del Canadá
ANEXO IV Resolución de procedimiento de 10 de julio de 2008 por la que se permite la observación de la audiencia por el público

CUADRO DE ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE INFORME

Título abreviado	Título completo y referencia
Argentina - Calzado (CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000
Argentina - Textiles y prendas de vestir	Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*, WT/DS56/AB/R y Corr.1, adoptado el 22 de abril de 1998
Australia - Salmón	Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS18/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
Brasil - Coco desecado	Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997
Brasil - Neumáticos recauchutados	Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007
Canadá - Aeronaves	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999
Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000
Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano	Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato del grano importado*, WT/DS276/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004
Canadá - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS321/R, distribuido a los Miembros de la OMC el 31 de marzo de 2008
CE - Amianto	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001
CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Corr.1 y Add.1 a 9, adoptado el 21 de noviembre de 2006
CE - Embarcaciones comerciales	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales*, WT/DS301/R, adoptado el 20 de junio de 2005
CE - Hormonas	Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998
CE - Hormonas	Laudo del Árbitro, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD*, WT/DS26/15, WT/DS48/13, 29 de mayo de 1998
CE - Hormonas (Canadá)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación del Canadá*, WT/DS48/R/CAN, adoptado el 13 de febrero de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	Decisión de los Árbitros, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999
CE - Hormonas (Estados Unidos)	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación de los Estados Unidos*, WT/DS26/R/USA, adoptado el 13 de febrero de 1998, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R
CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)	Decisión de los Árbitros, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999
CE - Sardinas	Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas*, WT/DS231/R y Corr.1, adoptado el 23 de octubre de 2002, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS231/AB/R
Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)	Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas - Recurso de la Argentina al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS207/AB/RW, adoptado el 22 de mayo de 2007
Estados Unidos - Acero al carbono	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Derechos compensatorios sobre determinados productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Alemania*, WT/DS213/AB/R, adoptado el 19 de diciembre de 2002
*Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (*upland*) - Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS267/AB/RW, adoptado el 20 de junio de 2008
Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley* Omnibus *de Asignaciones de 1998*, WT/DS176/AB/R, adoptado el 1º de febrero de 2002
Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, WT/DS152/R, adoptado el 27 de enero de 2000
Estados Unidos - Camarones	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998
Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS58/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001
Estados Unidos - Camisas y blusas de lana	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, WT/DS33/AB/R, adoptado el 23 de mayo de 1997, y Corr.1
Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS165/R, Add.1, y Corr.1, adoptado el 10 de enero de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS165/AB/R

Título abreviado	Título completo y referencia
Estados Unidos - EVE	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"*, WT/DS108/R, adoptado el 20 de marzo de 2000, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS108/AB/R
Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero" - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002
Estados Unidos - Juegos de azar	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS285/AB/R, adoptado el 20 de abril de 2005, y Corr.1
Estados Unidos - Ley de 1916	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000
Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado el 27 de enero de 2003
Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000*, WT/DS217/R, WT/DS234/R, adoptado el 27 de enero de 2003, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R
Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS257/AB/RW, adoptado el 20 de diciembre de 2005
Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)	Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS277/AB/RW, adoptado el 9 de mayo de 2006, y Corr.1
Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS320/R, distribuido a los Miembros de la OMC el 31 de marzo de 2008
Estados Unidos - Ropa interior	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, WT/DS24/R y Corr.1, adoptado el 25 de febrero de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS24/AB/R
India - Patentes (Estados Unidos)	Informe del Órgano de Apelación, *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero de 1998
Japón - Manzanas	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/AB/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003
Japón - Manzanas	Informe del Grupo Especial, *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS245/R, adoptado el 10 de diciembre de 2003, confirmado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS245/AB/R
Japón - Productos agrícolas II	Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS76/AB/R, adoptado el 19 de marzo de 1999

Título abreviado	Título completo y referencia
México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)	Informe del Órgano de Apelación, *México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001
Tailandia - Vigas doble T	Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia*, WT/DS122/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTE INFORME

Abreviatura	Denominación completa
Acuerdo MSF	*Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*
Acuerdo OTC	*Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*
Acuerdo sobre la OMC	*Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*
CIIC	Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer
Codex	Comisión del Codex Alimentarius
Convención de Viena	*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, documento de las Naciones Unidas A/CONF.39/27
CVMP	Comité de Medicamentos Veterinarios de la Unión Europea (un subcomité de la Agencia Europea de Medicamentos (EMEA))
Dictamen de 1999	"*Opinion of the SCVPH Assessment of Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*" (Dictamen del SCVPH - Evaluación de los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de hormonas contenidos en la carne de bovino y los productos cárnicos) (30 de abril de 1999) (Prueba documental 4 y Prueba documental 2 presentadas por los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente, al Grupo Especial)
Dictamen de 2000	"*Review of Specific Documents relating to the SCVPH Opinion of 30 April 99 on the Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*" (Examen de documentos específicos relativos al Dictamen del SCVPH, de 30 de abril de 1999, sobre los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de hormonas contenidos en la carne y los productos cárnicos de bovino) (adoptado el 3 de mayo de 2000) (Prueba documental 17 y Prueba documental 4 presentadas por los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente, al Grupo Especial)
Dictamen de 2002	"*Opinion of the SCVPH on Review of Previous SCVPH Opinions of 30 April 1999 and 3 May 2000 on the Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*" (Dictamen del SCVPH sobre el examen de Dictámenes previos, de 30 de abril de 1999 y 3 de mayo de 2000, emitidos por el SCVPH sobre los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de hormonas contenidos en la carne y los productos cárnicos de bovino) (adoptado el 10 de abril de 2002) (Prueba documental 1 y Prueba documental 17 presentadas por los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente, al Grupo Especial)
ESD	*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FDA	Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos de los Estados Unidos

Abreviatura	Denominación completa
GATT de 1994	*Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994*
IDA	ingesta diaria admisible
Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*	Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS321/R
Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*	Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*, WT/DS320/R
JECFA	Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios
LMR	límites máximos de residuos
MGA	acetato de melengestrol
Normas de Conducta	*Normas de Conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*, WT/DSB/RC/1, adoptadas el 3 de diciembre de 1996
OMS	Organización Mundial de la Salud de las Naciones Unidas
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
SCVPH	Comité científico de las medidas veterinarias relacionadas con la salud pública de la Comisión Europea

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO
ÓRGANO DE APELACIÓN

Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas

Comunidades Europeas, *Apelante/Apelado*
Estados Unidos, *Otro apelante/Apelado*
Canadá, *Otro apelante /Apelado*

Australia, *Tercero participante*
Brasil, *Tercero participante*
China, *Tercero participante*
India, *Tercero participante*
México, *Tercero participante*
Noruega, *Tercero participante*
Nueva Zelandia, *Tercero participante*
Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu, *Tercero participante*

AB-2008-6

Actuantes:

Unterhalter, Presidente de la Sección
Abi-Saab, Miembro
Bautista, Miembro

I. Introducción

1. Las Comunidades Europeas, los Estados Unidos y el Canadá presentan sendas apelaciones respecto de determinadas cuestiones de derecho tratadas e interpretaciones jurídicas formuladas en el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*[1] (el "informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*"), y en el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas*[2] (el "informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*").[3] Los Grupos Especiales fueron establecidos para examinar las reclamaciones presentadas por las Comunidades Europeas acerca de la suspensión de concesiones u otras obligaciones por los Estados Unidos y el Canadá contra las Comunidades Europeas debido al supuesto incumplimiento por parte de éstas de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") resultantes de la diferencia *CE - Hormonas*.[4] Las Comunidades Europeas afirman que los Estados Unidos y el Canadá deben poner fin a la suspensión de concesiones

[1] WT/DS320/R, 21 de marzo de 2008.
[2] WT/DS321/R, 21 de marzo de 2008.
[3] En el presente informe nos referimos en primer lugar a los Estados Unidos y después al Canadá, de acuerdo con la cronología de los números WT/DS asignados a estas diferencias.
[4] Las recomendaciones y resoluciones del OSD se derivaron de la adopción el 13 de febrero de 1998, por el OSD, del informe del Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R; del informe del Grupo Especial, WT/DS26/R/USA; y del informe del Grupo Especial, WT/DS48/R/CAN.

porque ellas adoptaron la Directiva 2003/74/CE[5] y la notificaron al OSD como medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*.[6]

2. Ante los Grupos Especiales encargados del asunto *CE - Hormonas*[7], los Estados Unidos y el Canadá alegaron que la prohibición impuesta por las Comunidades Europeas a la carne de bovinos tratados con seis hormonas -el estradiol-17β, la progesterona, la testosterona, el acetato de trembolona, el zeranol y el acetato de melengestrol ("MGA")- era incompatible con el *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* (el "*Acuerdo MSF*"), en particular con sus artículos 2, 3 y 5, con el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* (el "*Acuerdo OTC*"), y con el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* (el "GATT de 1994").

3. El Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Hormonas* sostuvo lo siguiente:

- al mantener medidas sanitarias que no se basan en una evaluación del riesgo, las Comunidades Europeas habían actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;

- al adoptar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que consideraban adecuados en diferentes situaciones, que tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional, las Comunidades Europeas habían actuado de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*; y

- al mantener medidas sanitarias que no están basadas en normas internacionales existentes sin que ello esté justificado al amparo del párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, las Comunidades Europeas habían actuado de forma incompatible con el párrafo 1 del artículo 3 de dicho Acuerdo.[8]

---

[5] Directiva 2003/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de septiembre de 2003 que modifica la Directiva 96/22/CE del Consejo por la que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias β-agonistas en la cría de ganado, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Serie L, Nº 262/20 (14 de octubre de 2003) (CE - Prueba documental 1 y Estados Unidos - Prueba documental 3, presentadas por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, respectivamente, al Grupo Especial).

[6] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 1.1; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 1.1.

[7] Como en los dos Grupos Especiales intervinieron las mismas personas, en el presente informe en lo sucesivo nos referiremos en singular a los Grupos Especiales.

[8] Informe del Grupo Especial, *CE - Hormonas (Estados Unidos)*, párrafo 9.1; informe del Grupo Especial, *CE - Hormonas (Canadá)*, párrafo 9.1.

4. Las Comunidades Europeas apelaron contra las constataciones formuladas por el Grupo Especial en relación con los párrafos 1 y 3 del artículo 3 y los párrafos 1 y 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Además, alegaron que los Grupos Especiales habían incurrido en error en la selección y utilización de expertos científicos, en la asignación de la carga de la prueba y en la aplicación de la norma de examen. Los Estados Unidos y el Canadá apelaron contra la decisión del Grupo Especial de no formular constataciones en relación con el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

5. El Órgano de Apelación confirmó, aunque basándose en un razonamiento modificado, las constataciones del Grupo Especial de que la prohibición de las Comunidades Europeas de las importaciones de carne y productos cárnicos tratados con las seis hormonas en cuestión era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y, en consecuencia, también era incompatible con el párrafo 3 del artículo 3 de ese Acuerdo. El Órgano de Apelación constató que los estudios científicos presentados por las Comunidades Europeas en esa diferencia no eran "lo suficientemente específicos con respecto al asunto de que se trata"[9], porque eran "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 ... ni tratan de ese tipo de riesgo".[10] Por esta razón, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que "no se facilitó al Grupo Especial ninguna evaluación del riesgo que apoy[ara] o justifi[cara] razonablemente la prohibición de las importaciones contenida en las Directivas de las [Comunidades Europeas]"[11], y constató, por consiguiente, que la prohibición de las importaciones de las Comunidades Europeas, impuesta con arreglo a la Directiva 96/22/CE, no se "bas[ó] en" una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5. Además, el Órgano de Apelación discrepó de la interpretación que hizo el Grupo Especial de la relación entre los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial interpretó que el párrafo 3 del artículo 3 es una excepción a la "obligación de carácter general" del párrafo 1 del artículo 3 y constató que las Comunidades Europeas no habían actuado de manera compatible con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 y no habían presentado una justificación científica adecuada para un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado a tenor del párrafo 3 del artículo 3. No obstante, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que el derecho de los Miembros a establecer un nivel más elevado de protección sanitaria en virtud del párrafo 3 del artículo 3 es un derecho autónomo y no una excepción a la "obligación de carácter general" prevista en el párrafo 1 del artículo 3. En consecuencia, el Órgano de Apelación revocó la conclusión del Grupo Especial de que la prohibición de importación era incompatible con el párrafo 1 del artículo 3. No obstante, como el

[9] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200.
[10] *Ibid.*
[11] *Ibid.*, párrafo 208.

Órgano de Apelación constató que la prohibición de las importaciones de las Comunidades Europeas era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5, concluyó también que dicha prohibición era incompatible con el párrafo 3 del artículo 3. Sin embargo, el Órgano de Apelación modificó la interpretación del Grupo Especial del concepto "evaluación del riesgo" al sostener que no se exigía "establecer una magnitud mínima cuantificable de riesgo" y que los factores "que no sean susceptibles de un análisis cuantitativo mediante métodos de laboratorio empíricos o experimentales, que se asocian normalmente con las ciencias físicas", no estaban excluidos del alcance de la evaluación del riesgo.[12] El Órgano de Apelación revocó también las constataciones del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas habían actuado de modo incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, que obliga a los Miembros de la OMC a evitar distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que tengan por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Además, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial en que el principio de cautela no prevalecía sobre los párrafos 1 y 2 del artículo 5 y que había sido incorporado, entre otros, al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En cuanto a la selección y el empleo de expertos por parte del Grupo Especial, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que el Grupo Especial había actuado de manera compatible con lo dispuesto en el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD") y el *Acuerdo MSF*. El Órgano de Apelación desestimó la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial había incurrido en error en la norma aplicada al examen de las pruebas y constató por tanto que el Grupo Especial había cumplido la obligación que le impone el artículo 11 del ESD. Por último, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que el Grupo Especial actuó con la debida economía procesal al no formular constataciones con respecto al párrafo 2 del artículo 2 y al párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

6. El 13 de febrero de 1998, el OSD adoptó los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* y recomendó que las Comunidades Europeas pusieran sus medidas en conformidad con el *Acuerdo MSF*. Tras la adopción de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación por el OSD, las Comunidades Europeas solicitaron que el plazo prudencial para la aplicación fuera determinado mediante arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. El Árbitro determinó un plazo prudencial de 15 meses, que expiró el 13 de mayo de 1999.[13]

7. El 12 de mayo de 1999 las Comunidades Europeas dirigieron una comunicación al Presidente del OSD, en la que decían lo siguiente:

[12] *Ibid.*, párrafo 253 j).
[13] Laudo del Árbitro, *CE - Hormonas*, párrafo 48.

> [L]a Comunidad ha procedido a realizar una evaluación complementaria del riesgo, teniendo en cuenta las aclaraciones pertinentes sobre evaluación del riesgo del Órgano de Apelación.
>
> A la luz de los resultados de que disponemos en este momento de esa evaluación del riesgo, consideramos que la Comunidad no está en condiciones de dejar sin efecto el 13 de mayo la actual prohibición de las importaciones.
>
> La Comunidad se propone ahora estudiar más profundamente esos resultados para evaluar, tomándolos como base y teniendo en cuenta cualquier nueva información pertinente, cuáles son las medidas que pueden ser necesarias a la luz de nuestros derechos y obligaciones en el marco de la OMC.[14]

8. Como consecuencia de ello, los Estados Unidos y el Canadá pidieron al OSD que autorizara la suspensión de concesiones y otras obligaciones de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Las Comunidades Europeas impugnaron los niveles de la suspensión de concesiones propuesta por los Estados Unidos y el Canadá y pidieron que esos niveles se determinaran mediante arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.[15] Los Árbitros llegaron a la conclusión de que los niveles de anulación y menoscabo en relación con las exportaciones de carne de los Estados Unidos y el Canadá eran de 116,8 millones de dólares EE.UU. y de 11,3 millones de dólares canadienses, respectivamente.[16] El 26 de julio de 1999 los Estados Unidos y el Canadá obtuvieron la autorización del OSD para suspender concesiones y otras obligaciones en relación con las Comunidades Europeas.

9. El 29 de julio de 1999, los Estados Unidos aplicaron derechos de importación del 100 por ciento a una serie de importaciones procedentes de determinados Estados miembros de las Comunidades Europeas.[17] El 1º de agosto de 1999, el Canadá aplicó derechos *ad valorem* del 100 por ciento a una serie similar de importaciones procedentes de las Comunidades Europeas.[18]

10. Tras la adopción de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en la diferencia *CE - Hormonas*, la Comisión Europea inició 17 estudios científicos para evaluar los riesgos que representaban para la salud humana las seis hormonas en cuestión.[19] El 30 de abril de 1999, el

---

[14] WT/DS26/18, WT/DS48/16.

[15] WT/DS26/20; WT/DS48/18.

[16] Decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 83; Decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 - CE)*, párrafo 72.

[17] Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales, Aplicación de las recomendaciones de la OMC relativas al asunto *CE - Medidas que afectan a la carne y productos cárnicos (hormonas)*, *United States Federal Register*, volumen 64, Nº 143 (27 de julio de 1999), 40638.

[18] *European Union Surtax Order* (Decreto de aplicación de un recargo a la Unión Europea), *Canada Gazette*, Parte II, volumen 133, Nº 17 (18 de agosto de 1999).

[19] Estos estudios científicos figuran en las Pruebas documentales 7 (Estados Unidos) a 42 (Estados Unidos) y en las Pruebas documentales 4 (Canadá) a 39 (Canadá), presentadas por las Comunidades Europeas al Grupo Especial.

Comité científico de las medidas veterinarias relacionadas con la salud pública (el "SCVPH"), de las Comunidades Europeas, dio a conocer la Evaluación de los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de hormonas contenidos en la carne y los productos cárnicos de bovino[20] (el "Dictamen de 1999"). Con posterioridad a la adopción del Dictamen de 1999 se facilitó a la Comisión Europea información científica adicional en forma de estudios científicos realizados por las siguientes instituciones: i) el subgrupo del Comité de productos veterinarios del Reino Unido sobre el Dictamen de 1999 (octubre de 1999); ii) el Comité de Medicamentos Veterinarios ("CVMP") de la Unión Europea (un subcomité de la Agencia Europea de Medicamentos (EMEA)) (diciembre de 1999); y iii) el Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios ("JECFA") (febrero de 2000). A petición de la Comisión Europea, el SCVPH examinó esta información científica y el 3 de mayo de 2000 hizo pública una revisión de su Dictamen de 1999 en la que se abstenía de modificar las conclusiones en él contenidas[21] (el "Dictamen de 2000"). El 10 de abril de 2002, el SCVPH dio a conocer una segunda revisión del Dictamen de 1999[22] (el "Dictamen de 2002") sobre la base de datos científicos más recientes obtenidos desde la revisión anterior. Los datos científicos que examinó el SCVPH incluían los resultados definitivos de los 17 estudios que había encargado la Comisión Europea.

11. En vista de las conclusiones de los Dictámenes de 1999, 2000 y 2002, el 22 de septiembre de 2003 las Comunidades Europeas adoptaron la Directiva 2003/74/CE[23], que modifica la

[20] "*Opinion of the SPVPH Assessment of Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*" (Dictamen del SCVPH - Evaluación de los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de hormonas contenidos en la carne de bovino y los productos cárnicos) (30 de abril de 1999) (Prueba documental 4 y Prueba documental 2 presentadas por los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente, al Grupo Especial). En el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.391 y en el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.388 se exponen las conclusiones principales del Dictamen de 1999.

[21] "*Review of Specific Documents Relating to the SCVPH Opinion of 30 April 1999 on the Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*" (Examen de documentos específicos relativos al Dictamen del SCVPH, de 30 de abril de 1999, sobre los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de hormonas contenidos en la carne y los productos cárnicos de bovino) (adoptado el 3 de mayo de 2000) (Prueba documental 17 y Prueba documental 4 presentadas por los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente, al Grupo Especial). En el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.392; y en el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.389 se exponen las conclusiones principales del Dictamen de 2000.

[22] "*Opinion of the SCVPH on Review of Previous SCVPH Opinions of 30 April 1999 and 3 May 2000 on the Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*" (Dictamen del SCVPH sobre el examen de Dictámenes previos, de 30 de abril de 1999 y 3 de mayo de 2000, emitidos por el SCVPH sobre los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de hormonas contenidos en la carne y los productos cárnicos de bovino) (adoptado el 10 de abril de 2002) (Prueba documental 1 y Prueba documental 17 presentadas por los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente, al Grupo Especial). El Dictamen de 2002 confirmó la validez de los Dictámenes de 1999 y 2000 y llegó a la conclusión de que no se justificaban modificaciones de esos Dictámenes. En el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.393; y en el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.390, se exponen las conclusiones principales del Dictamen de 2002.

[23] *Supra*, nota 5.

Directiva 96/22/CE en relación con la prohibición de la utilización de hormonas en la cría de ganado. La Directiva 2003/74/CE mantiene la prohibición permanente de la puesta en el mercado de carne y productos cárnicos de animales tratados con estradiol-17β para estimular el crecimiento que fue establecida inicialmente en la Directiva 96/22/CE.[24] En relación con las otras cinco hormonas -testosterona, progesterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA- la Directiva 2003/74/CE sigue aplicando la prohibición establecida en la Directiva 96/22/CE pero con carácter provisional.[25] La Directiva 2003/74/CE precisa que, pese a que la información científica disponible demostraba la existencia de riesgos relacionados con estas sustancias, "el actual estado de conocimientos no permite realizar una estimación cuantitativa del riesgo para los consumidores".[26] En consecuencia, la prohibición de estas cinco hormonas deberá aplicarse "mientras la Comunidad busque datos científicos más completos, cualquiera que sea su origen, que puedan arrojar luz y aclarar las deficiencias del actual estado de conocimientos sobre estas sustancias".[27]

12. El 27 de octubre de 2003, las Comunidades Europeas notificaron al OSD la adopción, publicación y entrada en vigor de la Directiva 2003/74/CE, así como los Dictámenes de 1999, 2000 y 2002, que, según consideraban, eran evaluaciones del riesgo que justificaban suficientemente las prohibiciones permanente y provisional de las importaciones de conformidad con el *Acuerdo MSF*.[28] Por lo tanto, las Comunidades Europeas alegaron que habían aplicado plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD en las diferencias iniciales *CE - Hormonas* y, en consecuencia, consideraron que ya no estaban justificadas las suspensiones de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá. Los Estados Unidos y el Canadá se negaron a dejar sin efecto las medidas adoptadas de conformidad con la autorización concedida por el OSD para suspender concesiones u otras obligaciones. Las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos y el Canadá el 8 de noviembre de 2004.[29] El Grupo Especial fue establecido, a petición de las Comunidades Europeas, el 17 de febrero de 2005.[30]

---

[24] Directiva 2003/74/CE, *supra*, nota 5, considerando 10 y artículo 1 (por el que se modifican los artículos 2 y 3 de la Directiva 96/22/CE).

[25] *Ibid.*

[26] Directiva 2003/74/CE, *supra*, nota 5, considerando 7.

[27] *Ibid.*, considerando 10.

[28] WT/DS26/22, WT/DS48/20.

[29] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 1.1; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 1.1.

[30] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 1.3; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 1.3. Se establecieron dos Grupos Especiales distintos para examinar las reclamaciones presentadas contra los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente. Sin embargo, los Grupos Especiales estaban integrados por los mismos miembros. Como la composición de los dos Grupos Especiales era idéntica, en el presente informe nos referimos colectivamente a ellos como el "Grupo Especial".

13. Las Comunidades Europeas plantearon al Grupo Especial dos "series de alegaciones principales" y una alegación "subsidiaria" condicional. En la primera "serie de alegaciones principales", las Comunidades Europeas adujeron que, al mantener las suspensiones de concesiones y otras obligaciones, los Estados Unidos y el Canadá trataban de reparar una infracción percibida del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* (el "*Acuerdo sobre la OMC*") sin haber recurrido a las normas y procedimientos del ESD, en violación del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD leído en conjunción con el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD.[31] Las Comunidades Europeas adujeron que los Estados Unidos y el Canadá deberían haber iniciado un procedimiento sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD después de la notificación de la medida de aplicación al OSD si consideraban que esta medida no era compatible con los Acuerdos abarcados. Al no haberlo hecho infringieron la prohibición expresa de formular determinaciones unilaterales establecida en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Las Comunidades Europeas adujeron, en consecuencia, que el mantenimiento de la suspensión de concesiones u otras obligaciones por los Estados Unidos y el Canadá constituía una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23, leído en conjunción con el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

14. En su segunda "serie de alegaciones principales", las Comunidades Europeas adujeron que los Estados Unidos y el Canadá, al no haber recurrido a las normas y procedimientos del ESD, y no haberlos acatado, infringieron el párrafo 1 del artículo 23 leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. En particular, las Comunidades Europeas alegaron que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD prohíbe que se mantenga la aplicación de la suspensión de concesiones cuando se suprime la medida declarada incompatible. Además de las dos series de alegaciones principales, las Comunidades Europeas afirmaron que el mantenimiento de la suspensión de concesiones u otras obligaciones por los Estados Unidos y el Canadá infringe los artículos I y II del GATT de 1994.[32] Por último, las Comunidades Europeas presentaron una alegación "subsidiaria"[33], condicional en el sentido de que, si "el Grupo Especial no constat[aba] una infracción del artículo 23 del ESD", constatase "que la[s] medida[s] [de los Estados Unidos y del Canadá] infring[ían] el párrafo 8 del artículo 22 del ESD y los artículos I y II del GATT de 1994".[34]

---

[31] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.153; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.140.

[32] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 3.1; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 3.1.

[33] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.155; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.142.

[34] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 3.2; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 3.2.

15. Los Estados Unidos y el Canadá rechazaron las alegaciones de las Comunidades Europeas, aduciendo que sus medidas, por las que se suspenden concesiones u otras obligaciones, son compatibles con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Según los Estados Unidos y el Canadá, el OSD autorizó la suspensión de concesiones y esta autorización sigue estando vigente.[35] Adujeron además que las Comunidades Europeas no han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD resultantes de la diferencia *CE - Hormonas* porque la Directiva 2003/74/CE es incompatible con el *Acuerdo MSF*, en particular con el párrafo 3 del artículo 3 y los párrafos 1 y 7 del artículo 5.[36] Los Estados Unidos alegaron también que la medida de aplicación de las Comunidades Europeas es incompatible con el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[37]

16. Los informes del Grupo Especial fueron distribuidos a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (la "OMC") el 31 de marzo de 2008. El Grupo Especial empezó su análisis con la primera serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas y constató que los Estados Unidos y el Canadá habían "infringido los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD al tratar de reparar el incumplimiento del Acuerdo sobre la OMC a través de una determinación de que la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] no cumplía las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas* sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD".[38] En cuanto a la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial explicó que "la segunda serie de alegaciones principales" de las Comunidades Europeas y la alegación "condicional" al amparo del párrafo 8 del artículo 22 del ESD estaban "basada[s] en la opinión de las [Comunidades Europeas] de que han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas* al adoptar la Directiva 2003/74/CE y notificarla debidamente al OSD".[39] Según el Grupo Especial, "[l]a diferencia está en que, con arreglo a la alegación condicional, las Comunidades Europeas alegan un cumplimiento real y no que debe presumirse que han cumplido de buena fe".[40] El Grupo Especial señaló seguidamente que "no podía[] estar de acuerdo con las Comunidades Europeas y basar [sus] constataciones de infracción del párrafo 1 del artículo 23 leído en conjunción con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD en una presunción irrefutable de cumplimiento de

[35] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.78; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.78.

[36] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.180; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.398, 7.552 y 7.826.

[37] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.406.

[38] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.251; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.244.

[39] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.156; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.143. (no se reproducen las cursivas)

[40] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.156; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.143.

buena fe".[41] En consecuencia, el Grupo Especial dijo que tendría que determinar si era competente para examinar la compatibilidad de la medida de aplicación de las Comunidades Europeas con el *Acuerdo MSF*. Llegó a la conclusión de que estaba "facultado para determinar si las Comunidades Europeas han suprimido la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado a fin de determinar si los Estados Unidos [y el Canadá] han infringido el párrafo 8 del artículo 22".[42] En particular, el Grupo Especial determinó que examinaría la compatibilidad de la medida de aplicación de las Comunidades Europeas con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.[43] En el caso planteado contra los Estados Unidos, el Grupo Especial dijo que examinaría además la compatibilidad con el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[44]

17. El Grupo Especial pasó a examinar la compatibilidad de la medida de aplicación de las Comunidades Europeas y formuló las constataciones siguientes. En lo que se refiere al párrafo 2 del artículo 5 en el asunto contra los Estados Unidos, el Grupo Especial constató que "las Comunidades Europeas tuvieron en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo de las organizaciones internacionales competentes y los factores enumerados en el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*".[45]

18. En relación con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial constató lo siguiente:

> [L]os dictámenes no constituyen una evaluación del riesgo porque no se ajustan a la definición de evaluación del riesgo contenida en la segunda oración del párrafo 4 del Anexo A y porque los testimonios científicos a que se hace referencia en los dictámenes no apoyan las conclusiones contenidas en éstos. Dado que los dictámenes no son una evaluación del riesgo adecuada a las circunstancias, la medida no puede estar basada en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5.[46] (no se reproduce la nota de pie de página)
>
> A la luz de lo que antecede, el Grupo Especial concluye que la medida de aplicación de las CE sobre el estradiol-17β no es compatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[47]

---

[41] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.359; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.357.

[42] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.372; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.369.

[43] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.411; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.402.

[44] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.411.

[45] *Ibid.*, párrafo 7.573.

[46] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.578; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.548.

[47] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.579; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.549.

19. Con respecto al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial constató lo siguiente:

> [N]o 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.[48]
>
> Concluimos por lo tanto que la medida de cumplimiento de las [Comunidades Europeas] no satisface los requisitos del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en lo que respecta a la prohibición provisional de la progesterona, la testosterona, el zeranol, el acetato de trembolona y el acetato de melengestrol.[49]

20. El Grupo Especial se abstuvo de formular constataciones sobre el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, explicando que, "[t]eniendo en cuenta nuestro mandato y nuestros objetivos al hacer un examen de la conformidad de la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] con el *Acuerdo MSF*, no vemos ninguna razón para llegar a una conclusión sobre el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* en tanto en cuanto esa conclusión depende de una infracción del artículo 5".[50]

21. Una vez concluido su análisis de conformidad con el *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial formuló las constataciones siguientes con respecto a la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas:

> [C]oncluimos que no se ha demostrado que las Comunidades Europeas hayan suprimido la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado.[51]
>
> Por estas razones y las expuestas antes, constatamos que las Comunidades Europeas no han demostrado una infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD por [los Estados Unidos y el Canadá].[52]
>
> El Grupo Especial recuerda que entiende que sólo se alegaron infracciones del párrafo 1 del artículo 23 y del párrafo 7 del artículo 3 en relación con la infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. En la medida en que no se ha infringido el párrafo 8 del artículo 22, las Comunidades Europeas no han establecido que haya habido una infracción del párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. El Grupo Especial concluye que no hay infracción del párrafo 1 del

---

[48] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.835; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.821.

[49] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.836; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.822.

[50] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.845; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.830.

[51] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.847; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.832.

[52] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.850; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.835.

> artículo 23 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD por [los Estados Unidos y el Canadá] como consecuencia de una infracción del párrafo 8 del artículo 22.[53]

22. El Grupo Especial desestimó también las alegaciones de las Comunidades Europeas con respecto al párrafo 1 del artículo I y el artículo II del GATT de 1994.[54] Por último, el Grupo Especial examinó la alegación subsidiaria de las Comunidades Europeas de infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD:

> Recordamos que las Comunidades Europeas plantearon también una alegación *condicional* de infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD *per se*. Las Comunidades Europeas especificaron en su Primera comunicación escrita que esta alegación se hacía "subsidiariamente y solamente a condición de que el Grupo Especial no determin[ara] ninguna infracción en el marco de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD".
>
> Observamos que hemos determinado que ha habido una infracción de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23. Recordamos también que ya nos hemos ocupado de la supuesta infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD como parte de nuestro examen de la alegación de las [Comunidades Europeas] de infracción del párrafo 1 del artículo 23 leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. En estas circunstancias, no es necesario que el Grupo Especial considere la alegación condicional de infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD *per se* formulada subsidiariamente.[55] (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

23. Basándose en lo anteriormente expuesto, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que los Estados Unidos y el Canadá habían cometido las siguientes "infracciones de carácter procesal":

> a) al tratar de reparar, mediante la medida en litigio -a saber, la suspensión de concesiones u otras obligaciones después de la notificación de la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] (Directiva 2003/74/CE)-, el incumplimiento de obligaciones resultantes de un Acuerdo abarcado sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD ni acatarlos, [los Estados Unidos y el Canadá] han infringido el párrafo 1 del artículo 23 del ESD;
>
> b) al formular una determinación en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD de que se había producido una infracción sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD,

[53] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.851; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.836.

[54] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.853; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.838.

[55] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.854 y 7.855; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.839 y 7.840.

> [los Estados Unidos y el Canadá] han infringido el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.[56]

24. Con respecto a las alegaciones de las Comunidades Europeas en relación con el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3, el Grupo Especial llegó a las conclusiones siguientes:

> a) en tanto en cuanto la medida declarada incompatible con el *Acuerdo MSF* en la diferencia *CE - Hormonas* (WT/DS26, WT/DS48) no ha sido suprimida por las Comunidades Europeas, [los Estados Unidos y el Canadá] no han infringido el párrafo 8 del artículo 22 del ESD;
>
> b) en tanto en cuanto no se ha infringido el párrafo 8 del artículo 22, las Comunidades Europeas no han establecido una infracción del párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD *como consecuencia de una infracción del párrafo 8 del artículo 22*.[57] (las cursivas figuran en el original)

25. En vista de sus conclusiones, el Grupo Especial recomendó que el OSD pidiera a los Estados Unidos y al Canadá que pusieran sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del ESD.[58] El Grupo Especial hizo las siguientes observaciones y sugerencias adicionales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD con respecto a la aplicación de sus constataciones y conclusiones:

> Si bien incumbe a los Miembros decidir las medidas apropiadas necesarias para poner en conformidad las medidas que se ha constatado que constituyen un incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la OMC, el Grupo Especial considera que es importante recordar la conclusión a la que ha llegado en [el párrafo 7.251 en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión* y el párrafo 7.244 en *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*], dado que las partes parecen tener opiniones divergentes sobre la forma en que el demandado debería dar aplicación al presente informe. Como ya se ha dicho, aunque el Grupo Especial ha desempeñado funciones similares a las de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, lo ha hecho únicamente a fin de determinar si se había infringido el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. No se ha pedido a este Grupo Especial que determine la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados, ni tiene competencia para hacerlo. En ese contexto, el Grupo Especial sugiere que, con el fin de aplicar sus constataciones en el marco del artículo 23 y de asegurar la pronta solución de esta

---

[56] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.856; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.841.

[57] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.857; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.842.

[58] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.2; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.2.

> diferencia, [los Estados Unidos y el Canadá] recurran sin demora a las normas y procedimientos del ESD.[59]

26. El 29 de mayo de 2008, las Comunidades Europeas notificaron al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en los informes del Grupo Especial en los asuntos *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión* y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión* y contra determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial, y presentaron un solo anuncio de apelación[60], de conformidad con la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*[61] (los "*Procedimientos de trabajo*").

27. En una carta de fecha 30 de mayo de 2008, la Sección señaló que, en interés "de la equidad y el orden de las actuaciones", como se indica en párrafo 1 de la Regla 16 de los *Procedimientos de trabajo*, y con el consentimiento de los participantes, se refundirían los procedimientos de apelación correspondientes a la apelación de las Comunidades Europeas contra los informes del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión* y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, debido a la coincidencia sustancial en el contenido de las diferencias. Una sola Sección entendería en ambas apelaciones y las decidiría, y celebraría una única audiencia.[62] Además se informó a los participantes de que el Miembro del Órgano de Apelación, Sr. Georges Abi-Saab, había sido seleccionado por rotación para formar parte de la Sección que entendía en estas apelaciones y de que, de conformidad con la Regla 15 de los *Procedimientos de trabajo*, el Órgano de Apelación había notificado al Presidente del OSD su decisión de autorizar al Sr. Abi-Saab a terminar la sustanciación de las apelaciones, a pesar de que su segundo mandato como Miembro del Órgano de Apelación expiraría antes de que concluyeran los procedimientos de apelación.

28. El 5 de junio de 2008, las Comunidades Europeas presentaron una comunicación del apelante.[63] El 10 de junio de 2008, los Estados Unidos y el Canadá notificaron cada uno al OSD, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD, su intención de apelar contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el respectivo informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste, y presentaron un anuncio de otra apelación[64], de

---

[59] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3.

[60] WT/DS321/12, WT/DS321/12 (adjunto como anexo I al presente informe).

[61] WT/AB/WP/5, 4 de enero de 2005.

[62] En la audiencia, los Estados Unidos y el Canadá confirmaron su preferencia por dos informes separados del Órgano de Apelación. Hemos emitido dos informes separados (WT/DS320/AB/R y WT/DS321/AB/R), que son idénticos salvo la sección de Constataciones y conclusiones.

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

[64] WT/DS320/13 (adjunto como anexo II al presente informe); WT/DS321/13 (adjunto como anexo III al presente informe).

conformidad con los párrafos 1 y 2 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo*. El 13 de junio de 2008, los Estados Unidos y el Canadá presentaron sendas comunicaciones de otro apelante.[65] El 26 de junio de 2008, el Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos presentaron sendas comunicaciones del apelado[66], y Australia, el Brasil, Nueva Zelandia y Noruega, sendas comunicaciones de tercero participante.[67] El mismo día, China, la India, México y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu hicieron sus respectivas notificaciones a la Secretaría del Órgano de Apelación de su intención de asistir a la audiencia como terceros participantes.[68]

29. Previa consulta con la Secretaría del Órgano de Apelación, el Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos convinieron, cada uno, en que el Órgano de Apelación no podría distribuir sus informes sobre estas apelaciones dentro del plazo de 90 días a que se hace referencia en el párrafo 5 del artículo 17 del ESD.[69] El Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos convinieron en que se necesitaba más tiempo debido a la cuestión preliminar de procedimiento planteada en estas actuaciones, al volumen del expediente del Grupo Especial, al número y complejidad de las cuestiones objeto de apelación y al hecho de que se estaba sustanciando al mismo tiempo otro procedimiento de apelación. En consecuencia, el Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos confirmaron, cada uno, que considerarían que los informes del Órgano de Apelación en el presente procedimiento, emitidos a más tardar el 16 de octubre de 2008, serían informes del Órgano de Apelación distribuidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 17 del ESD.[70]

30. El 27 de junio de 2008 las Comunidades Europeas enviaron una carta a la Secretaría del Órgano de Apelación indicando que los Estados Unidos y el Canadá habían presentado sus comunicaciones del apelado después de las 17 horas, límite establecido por la Sección en el plan de de trabajo elaborado para estas apelaciones. Las Comunidades Europeas se refirieron al párrafo 1 de la Regla 18 de los *Procedimientos de trabajo* y pidieron que la Sección "informara a las partes del trato

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

[66] De conformidad con la Regla 22 y el párrafo 4 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo*. Tras celebrar consultas con los participantes, la Sección que entiende en la presente apelación asignó tiempo adicional para la presentación de las comunicaciones de los apelados y de las comunicaciones y notificaciones de los terceros participantes, de conformidad con las Reglas 16, 22, 23, 24 y 26 de los *Procedimientos de trabajo*.

[67] De conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*.

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

[69] Carta dirigida por la Comisión Europea al Director de la Secretaría del Órgano de Apelación, de fecha 11 de julio de 2008; carta dirigida por el Canadá al Director de la Secretaría del Órgano de Apelación, de fecha 15 de julio de 2008; carta dirigida por los Estados Unidos al Director de la Secretaría del Órgano de Apelación, de fecha 17 de julio de 2008.

[70] El 22 de julio de 2008, el Órgano de Apelación notificó al Presidente del OSD que la fecha prevista de distribución de su informe era el 16 de octubre de 2008 (WT/DS320/14, WT/DS321/14).

que debía darse a estos documentos".[71] Los Estados Unidos y el Canadá respondieron por cartas separadas y pidieron a la Sección que rechazara la solicitud de las Comunidades Europeas.[72] En la audiencia la Sección pronunció una resolución sobre la solicitud de las Comunidades Europeas relativa a la presentación tardía por los Estados Unidos y el Canadá de la comunicación del apelado. La Sección insistió en la importancia de que todos los participantes respetaran estrictamente los plazos establecidos en el plan de trabajo, habida cuenta de las limitaciones de tiempo impuestas a los participantes y a los Miembros del Órgano de Apelación en estas actuaciones. Señaló también que el hecho de no respetar estrictamente esos plazos puede repercutir en la equidad y la sustanciación ordenada del procedimiento. Sin embargo, tras haber examinado minuciosamente la cuestión, y en vista de los plazos concretos de que se trataba y del posible perjuicio que podría producirse, la Sección decidió no obstante considerar las comunicaciones del apelado presentadas por los Estados Unidos y el Canadá.

31. El 3 de junio de 2008, el Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos solicitaron que la Sección autorizara la observación de la audiencia por el público. Adujeron que ni el ESD ni los *Procedimientos de trabajo* ni las *Normas de Conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*[73] ("*Normas de Conducta*") impedían que el público observara la audiencia.[74] Los participantes propusieron varios dispositivos logísticos que permitirían la observación por el público, respetando al mismo tiempo la confidencialidad de los terceros participantes que no desearan revelar sus declaraciones o respuestas orales a las preguntas. El 4 de junio de 2008 la Sección invitó a los terceros participantes a que formulasen observaciones por escrito sobre las solicitudes de los participantes para que se abriera la

[71] Carta dirigida por la Comisión Europea al Director de la Secretaría del Órgano de Apelación, de fecha 27 de junio de 2008.

[72] Carta dirigida por el Canadá al Director de la Secretaría del Órgano de Apelación, de fecha 30 de junio de 2008; carta dirigida por los Estados Unidos al Director de la Secretaría del Órgano de Apelación, de fecha 1º de julio de 2008. El Canadá señaló que la comunicación del apelado de las Comunidades Europeas enviada por correo electrónico también estuvo ligeramente retrasada. Los Estados Unidos indicaron que las Comunidades Europeas anunciaron en un mensaje por correo electrónico que habían entregado copias impresas de su comunicación del apelado a la Secretaría del Órgano de Apelación y a los demás participantes y terceros participantes antes de las 17 h; sin embargo, los Estados Unidos recibieron la copia electrónica de la comunicación del apelado de las Comunidades Europeas después de las 17 h, mientras que en el plan de trabajo se dice que "[d]eberán presentarse 12 copias impresas, así como una copia electrónica, de cada comunicación escrita a más tardar a las 17 h, hora de Ginebra (Suiza), en la fecha indicada en el presente plan de trabajo". (el subrayado figura en el original) En caso de que el Órgano de Apelación se pronunciara sobre la solicitud de las Comunidades Europeas relativa a la comunicación del apelado de los Estados Unidos, éstos pidieron al Órgano de Apelación que informara también a las Comunidades Europeas del trato que debía darse a su comunicación teniendo en cuenta la Regla 18 de los *Procedimientos de trabajo*.

[73] Las *Normas de Conducta*, adoptadas por el OSD el 3 de diciembre de 1996 (WT/DSB/RC/1), están incorporadas en los *Procedimientos de trabajo* (WT/AB/WP/5) como Anexo II. (Véanse los documentos WT/DSB/RC/2, WT/AB/WP/W/2.)

[74] Los participantes expresaron su preferencia por la transmisión simultánea en otra sala mediante un sistema de circuito cerrado.

audiencia al público. En particular, la Sección pidió a los terceros participantes que dieran a conocer sus opiniones sobre la procedencia de la apertura de la audiencia al público con arreglo al ESD y a los *Procedimientos de trabajo*, y, si lo deseaban, sobre los dispositivos logísticos específicos propuestos en las solicitudes. El 12 de junio de 2008, se recibieron observaciones de Australia, el Brasil, China, la India, México, Noruega, Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu. Australia, Noruega, Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu expresaron su apoyo a la solicitud de los participantes de que se abriera la audiencia al público. El Brasil, China, la India y México solicitaron al Órgano de Apelación que denegara la solicitud de los participantes. Según estos terceros participantes, la audiencia forma parte de las actuaciones del Órgano de Apelación y, por lo tanto, está sujeta a lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 17 del ESD con arreglo a la cual "[l]as actuaciones del Órgano de Apelación tendrán carácter confidencial". El 16 de junio de 2008, la Sección invitó al Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos a que formulasen observaciones sobre las comunicaciones presentadas por los terceros participantes. También se invitó a los terceros participantes que desearan hacerlo a que formulasen observaciones sobre las comunicaciones presentadas por los demás terceros participantes. El 23 de junio de 2008 se recibieron observaciones adicionales del Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos. El 7 de julio de 2008 la Sección celebró con los participantes y los terceros participantes una audiencia dedicada exclusivamente a estudiar las cuestiones planteadas por la solicitud de los participantes de que se autorizara la observación por el público. Los participantes y terceros participantes hicieron declaraciones orales y respondieron a las preguntas formuladas por la Sección. Al final de la audiencia se invitó a los participantes y terceros participantes a que presentasen, el 8 de julio de 2008 antes del cierre de las oficinas, observaciones adicionales referidas específicamente a las modalidades técnicas propuestas por los participantes para la observación de la audiencia por el público. Se recibieron observaciones del Brasil, China, la India y México, así como del Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos.

32. El 10 de julio de 2008, la Sección dictó una Resolución de procedimiento en la que autorizaba la observación de la audiencia por el público y adoptaba procedimientos adicionales a tal efecto de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los *Procedimientos de trabajo*. La Resolución de procedimiento se adjunta como Anexo 4 del presente informe. La audiencia fue seguida por el público a través de un sistema de transmisión por circuito cerrado de televisión en otra sala. En el sitio Web de la OMC se anunció la apertura de la audiencia al público y se dieron instrucciones para inscribirse. En total se inscribieron 80 personas para observar la audiencia.

33. La audiencia se celebró los días 28 y 29 de julio de 2008. De conformidad con los procedimientos adicionales adoptados por la Sección, se autorizó al Canadá, las Comunidades

Europeas y los Estados Unidos a que hicieran públicas sus declaraciones orales y las respuestas orales a las preguntas. También se autorizó a Australia, Nueva Zelandia, Noruega y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu a que hicieran públicas sus declaraciones y respuestas a las preguntas. Las declaraciones orales de los demás terceros participantes y sus respuestas a las preguntas no fueron objeto de observación por el público.

II. Argumentos de los participantes y los terceros participantes

A. *Alegaciones de las Comunidades Europeas - Apelante*

1. Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público

34. Las Comunidades Europeas pidieron al Órgano de Apelación que permitiera la observación de la audiencia por el público en este procedimiento. Las Comunidades Europeas reconocen que el párrafo 10 del artículo 17 del ESD dispone que "[l]as actuaciones del Órgano de Apelación tendrán carácter confidencial". No obstante, a su juicio, "de ningún modo es evidente que el término, 'actuaciones' abarque la audiencia del Órgano de Apelación".[75] Las Comunidades Europeas sostienen que "una interpretación del sentido corriente de ese término en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del ESD demostrará que '[l]as actuaciones del Órgano de Apelación se refieren más bien a su labor interna y no incluyen su audiencia, y que en todo caso el párrafo 10 del artículo 17 no prohíbe las audiencias abiertas".[76]

35. Las Comunidades Europeas reconocen que el párrafo 1 del artículo 14 del ESD indica que las "deliberaciones" del Grupo Especial son confidenciales. No obstante, aducen que la elección de palabras distintas, "deliberaciones" y "actuaciones", puede explicarse por el hecho de que la idea de crear un Órgano de Apelación surgió en una fase relativamente avanzada de las negociaciones relativas al ESD y el hecho de que el ESD regule el examen en apelación de forma mucho más rudimentaria que el procedimiento de los grupos especiales. Por lo tanto, las Comunidades Europeas no encuentran ningún fundamento para interpretar que la elección de palabras distintas, "deliberaciones" y "actuaciones", refleja la intención de establecer una diferencia para la cuestión de que se trata y para excluir la posibilidad de que el público observe las audiencias del Órgano de Apelación. Las Comunidades Europeas hacen también referencia a las versiones española y francesa del párrafo 10 del artículo 17 que utilizan los términos "*travaux*" y "actuaciones", respectivamente. Afirman que se trata de "términos muy amplios que podrían incluir toda la labor que desempeña el

[75] Solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 9.
[76] *Ibid.*

Órgano de Apelación", pero que esa interpretación literal "daría lugar a resultados absurdos".[77] Por lo tanto, a esos términos hay que darles un "sentido más plausible"[78] y la mejor forma de interpretarlos es que se refieren a la labor interna del Órgano de Apelación.

36. Según las Comunidades Europeas, dar al término "actuaciones" una interpretación más amplia que "la labor interna del Órgano de Apelación" da lugar a resultados problemáticos. En primer lugar, la audiencia sería confidencial con "el resultado absurdo ... de que las propias partes no podrían asistir a la audiencia en su propia diferencia".[79] En segundo lugar, no permitiría al Órgano de Apelación referirse en su informe a los argumentos de los participantes. En tercer lugar, los anuncios de apelación no se podrían distribuir a los Miembros de la OMC ni hacerse públicos.

37. Las Comunidades Europeas afirman que, si el Órgano de Apelación está "facultado"[80] por el párrafo 9 del artículo 17 del ESD para establecer sus *Procedimientos de trabajo* y con ello a crear la "audiencia", aunque ésta no esté prevista en el ESD, también está facultado para celebrar una audiencia abierta al público. Las Comunidades Europeas sostienen que permitir que el público observe la audiencia "hace efectiva la opción que el ESD ofrece a las partes"[81] en virtud del párrafo 2 del artículo 18 del ESD, que dispone que "[n]inguna de las disposiciones del [ESD] impedirá a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones". Además, dicen que, de acuerdo con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, el objetivo del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es "hallar una solución positiva a las diferencias". De ello se deduce que si las partes en una diferencia consideran conjuntamente que una audiencia abierta es una parte importante de la forma en que desean hallar una solución positiva a su diferencia, en tal caso atender a esa solicitud está en conformidad con el objeto y fin del ESD.

38. Las Comunidades Europeas sostienen que la confidencialidad prevista en el ESD es interpretada correctamente si se la interpreta en el sentido de la protección de los intereses de los Miembros de la OMC en los casos en que consideren que necesitan esa protección, y no como una obligación impuesta, incluso cuando los Miembros de la OMC no desean la confidencialidad. Añaden que "[l]a otra función de la confidencialidad consiste en proteger la integridad del procedimiento cuasijudicial, pero, a diferencia de las deliberaciones secretas, esta función no exige audiencias a puerta cerrada".[82] Por el contrario, las Comunidades Europeas aducen que las audiencias

[77] Solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 15.
[78] *Ibid.*
[79] *Ibid.*, párrafo 19.
[80] *Ibid.*, párrafo 25.
[81] *Ibid.*, párrafo 26. (no se reproducen las cursivas)
[82] *Ibid.*, párrafo 31.

abiertas son incluso mejores y más naturales para el procedimiento judicial, como lo demuestra la tradición de celebrar audiencias abiertas en los sistemas judiciales nacionales e internacionales de todo el mundo.

39. Por último, las Comunidades Europeas sostienen que el Órgano de Apelación debería seguir el ejemplo del Grupo Especial en esta diferencia y el de otros grupos especiales que han permitido que el público observe sus reuniones con las partes. Se refieren además a varios tribunales y cortes internacionales que permiten que el público observe sus audiencias.

40. Las Comunidades Europeas rechazan los argumentos esgrimidos por los terceros participantes que se oponen a la solicitud de apertura de la audiencia basándose en su interpretación del alcance del término "actuaciones". Afirman que ninguno de estos terceros participantes "se ha referido a las numerosas incoherencias que surgirían de esa interpretación ..., entre ellas el hecho de que la exigencia de confidencialidad evidentemente no se aplica a algunos otros aspectos de las 'actuaciones' en sentido amplio (como el anuncio de apelación, la divulgación de las declaraciones en el informe, etc. ...)".[83] Las Comunidades Europeas rechazan también la pertinencia de la interpretación del término "actuaciones" en el asunto *Canadá - Aeronaves*, porque ese asunto se refería a una cuestión distinta, a saber, si se necesitaban procedimientos adicionales para proteger la información comercial confidencial. En lo que concierne al párrafo 2 del artículo 18 del ESD, las Comunidades Europeas consideran que esta disposición "prevalece sobre cualquier requisito de confidencialidad que pueda existir en otras partes del Acuerdo"[84], y no lo contrario, como dan a entender algunos terceros participantes. Además, las Comunidades Europeas discrepan del argumento de que la decisión del Órgano de Apelación en este asunto prejuzgará el resultado de las negociaciones relativas a la revisión del ESD.

41. Por estas razones, las Comunidades Europeas piden al Órgano de Apelación que permita al público observar la audiencia en el presente procedimiento. Dicen que la modalidad que prefieren es que el público pueda observar la audiencia del Órgano de Apelación "mediante transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión en otra sala".[85]

[83] Observaciones de las Comunidades Europeas sobre las observaciones de los terceros participantes, párrafo 4.
[84] *Ibid.*, párrafo 10.
[85] Solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 45.

2. Párrafo 2 a) del artículo 23 y párrafo 5 del artículo 21 del ESD

42. Las Comunidades Europeas, aunque están de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá han actuado de manera incompatible con los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD, afirman que el Grupo Especial incurrió en error al no constatar que el párrafo 2 a) del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 1 del artículo 23, obligaba a los Estados Unidos y al Canadá a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 si consideraban que la Directiva 2003/74/CE no cumplía las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*.

43. Según las Comunidades Europeas, cuando un Miembro de la OMC considera que la medida de aplicación adoptada por otro Miembro de la OMC no es compatible con los Acuerdos abarcados, y procede a hacer valer lo que considera que son sus derechos en virtud del ESD, ese Miembro está obligado en primer lugar a recurrir a un procedimiento sobre el cumplimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Las Comunidades Europeas afirman que "un Miembro de la OMC no está facultado, en estas circunstancias, para tratar de obtener la reparación de una supuesta violación mediante la suspensión de obligaciones sin recurrir primero a un procedimiento sobre el cumplimiento".[86]

44. A juicio de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial confundió la cuestión de si el recurso al párrafo 5 del artículo 21 es obligatorio con la cuestión de los procedimientos que están disponibles en virtud de esa disposición. Las Comunidades Europeas discrepan de la interpretación del Grupo Especial de que la frase "excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento", que figura en el párrafo 2 a) del artículo 23, "abarca cualquiera de los medios de solución de diferencias previsto en el ESD, incluidas las consultas, la conciliación, los buenos oficios y la mediación".[87] Según las Comunidades Europeas, "[n]o se discute"[88] que los Estados Unidos y el Canadá no están de acuerdo con las Comunidades Europeas en cuanto a la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. Por consiguiente, la presente diferencia está "claramente" comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 5 del artículo 21 porque se refiere a un "desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones"[89] del OSD en la diferencia *CE - Hormonas* "o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado".

[86] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 57.
[87] *Ibid.*, párrafo 48 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.247; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.240).
[88] *Ibid.*, párrafo 59.
[89] *Ibid.*, párrafo 49.

Las Comunidades Europeas insisten en que las consultas, la conciliación, los buenos oficios y la mediación previstos en el ESD no surten efecto salvo que las partes acepten los resultados. Aducen que, en la presente diferencia, "es evidente que no se podía recurrir a ningún procedimiento que exigiera el acuerdo entre las partes"[90], porque las Comunidades Europeas agotaron todas las opciones existentes, incluido el arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD, para intentar llegar a un acuerdo con las partes demandadas. Sostienen que la frase "se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto", que figura en el párrafo 5 del artículo 21, conlleva la obligación de recurrir al procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento y que, cuando no existe una solución amistosa, tiene que haber una resolución definitiva y vinculante pronunciada por un órgano resolutorio. Las Comunidades Europeas deducen de esto que "el párrafo 5 del artículo 21 del ESD es la disposición aplicable porque indudablemente los Miembros de la OMC privilegiaron esa disposición en caso de desacuerdo entre las partes en lo que respecta a la aplicación".[91] Por consiguiente, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al no llegar a la conclusión necesaria de que el único procedimiento aplicable disponible en virtud del ESD era el procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, y que dicho procedimiento era "la única manera de actuar para los Estados Unidos y el Canadá".[92]

45. Las Comunidades Europeas aducen además que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Comunidades Europeas, como parte inicialmente demandada en el asunto *CE - Hormonas*, podían iniciar el procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento. Las Comunidades Europeas sostienen que, por el contrario, está implícito en el texto, el contexto y el objeto y fin de la disposición que las partes reclamantes iniciales, es decir, los Estados Unidos y el Canadá, están obligadas a recurrir al párrafo 5 del artículo 21.[93] Las Comunidades Europeas sostienen que las referencias que se hacen en el párrafo 12 del artículo 3, los párrafos 4 y 7 del artículo 4 y el artículo 6 del ESD a la "parte reclamante" y al "reclamante" confirman que el sistema de solución de diferencias de la OMC se basa en el concepto de "procedimiento contencioso" y "no es aplicable a solicitudes de confirmación en abstracto de la *compatibilidad* de una medida"[94] presentada por la parte demandada. Por lo tanto, cuando una parte reclamante alega que una medida de aplicación no es compatible con los acuerdos abarcados, el "Miembro que ha de proceder a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones no puede recurrir al párrafo 5 del artículo 21 del ESD para confirmar

[90] *Ibid.*, párrafo 54.
[91] *Ibid.*, párrafo 61.
[92] *Ibid.*, párrafo 55.
[93] Véase *ibid.*, párrafo 75.
[94] *Ibid.*, párrafo 78. (las cursivas figuran en el original)

la compatibilidad de su medida de cumplimiento con las normas de la OMC".[95] Las Comunidades Europeas afirman que esta interpretación está confirmada por la idea misma del ESD como un sistema de solución de "diferencias" y por la lógica fundamental recogida en el párrafo 3 del artículo 3 del ESD y en el párrafo 2 del artículo XXIII del GATT de 1994, que supone una situación en la que un Miembro de la OMC considera que sus derechos están siendo menoscabados por la medida de otro Miembro y por lo tanto impugna esa medida, y "no regula la situación en la que un Miembro reclama contra su propia medida".[96]

46. Las Comunidades Europeas sostienen además que "[s]ería manifiestamente imposible que las Comunidades Europeas cumplieran los requisitos fundamentales del artículo 6" en lo que respecta al contenido de la solicitud de establecimiento de un grupo especial porque "no podrían identificar las disposiciones del Acuerdo MSF que se infringen".[97] Además, sostienen que un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento iniciado por las Comunidades Europeas no daría lugar a recomendaciones dirigidas a las medidas de retorsión adoptadas por los Estados Unidos y el Canadá, porque estas medidas no son la medida destinada al cumplimiento con respecto a la cual existe un desacuerdo en el sentido del párrafo 5 del artículo 21. Las Comunidades Europeas señalan también que un reclamante inicial puede negarse a participar en un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento iniciado por el demandado inicial, como de hecho ocurrió en el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*. Las Comunidades Europeas consideran que la "práctica ulteriormente seguida"[98] se ha desarrollado en el sistema de solución de diferencias de la OMC confirma su interpretación de que sólo las partes reclamantes en la diferencia inicial pueden recurrir al párrafo 5 del artículo 21. Señalan que desde el establecimiento de la OMC, 30 de los 31 procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 fueron iniciados por la parte reclamante inicial, y el informe del grupo especial del procedimiento restante, iniciado por la parte demandada inicial, nunca fue adoptado. Esto demuestra que ese procedimiento no es una opción para la parte demandada inicial.

47. Sobre esta base, las Comunidades Europeas piden al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial según las cuales el ámbito de la frase "conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias", que figura en el párrafo 5 del artículo 21, no está limitado al procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 iniciado, en este caso, por los Estados Unidos y el Canadá como partes reclamantes iniciales, y que las Comunidades Europeas, como demandado inicial, pueden iniciar los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21.

[95] *Ibid.*, párrafo 78.
[96] *Ibid.*, párrafo 85.
[97] *Ibid.*, párrafo 88.
[98] *Ibid.*, párrafo 91.

3. Párrafo 8 del artículo 22 del ESD

48. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas se basaban en lo siguiente: i) el incumplimiento por los Estados Unidos y el Canadá de las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 8 del artículo 22 del ESD; y ii) la conformidad real con el *Acuerdo MSF* de la medida de aplicación adoptada por las Comunidades Europeas.[99] En la segunda serie de alegaciones principales sometidas al Grupo Especial, las Comunidades Europeas adujeron que los Estados Unidos y el Canadá habían actuado de manera incompatible con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3, al mantener la suspensión de concesiones a pesar de la supresión de la "medida declarada incompatible" en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, es decir, la Directiva 96/22/CE.[100]

49. Las Comunidades Europeas explican que nunca adujeron que la alegación respecto del párrafo 1 del artículo 23 estuviera supeditada a una infracción del párrafo 8 del artículo 22 por los Estados Unidos y el Canadá, y nunca adujeron que esta alegación se basaría en la conformidad de la medida de aplicación con el *Acuerdo MSF*. Antes bien, la violación que alegaron las Comunidades Europeas fue la determinación unilateral formulada por los Estados Unidos y el Canadá según la cual "la medida destinada a cumplir" las recomendaciones y resoluciones del OSD, es decir, la Directiva 2003/74/CE, no es, a su juicio, compatible con el *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas añaden que esa determinación es una infracción del párrafo 1 del artículo 23 del ESD leído a la luz del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, no una alegación de infracción del párrafo 8 del artículo 22 en sí mismo, y no se basa en la conformidad de la medida de aplicación con el *Acuerdo MSF*. Señalan además que únicamente de manera subsidiaria, y sólo a condición de que el Grupo Especial no determinara ninguna infracción en virtud de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, las Comunidades Europeas presentan una alegación subsidiaria al amparo del párrafo 8 del artículo 22 del ESD.[101]

50. Las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial "no presentó ningún argumento jurídico serio"[102] acerca de la razón por la que, con arreglo al párrafo 8 del artículo 22, lo que hay que

---

[99] *Ibid.*, párrafos 99 y 100 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.272; y al informe del Grupo Especial, *Canadá- Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.288).

[100] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.252; informe del Grupo Especial, *Canadá- Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.245.

[101] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 97.

[102] *Ibid.*, párrafo 105.

lograr no es la supresión de la medida, sino el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las Comunidades Europeas discrepan de la constatación del Grupo Especial de que la sustitución de la Directiva 96/22/CE por la Directiva 2003/74/CE no constituyó la supresión de la medida incompatible en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 porque la Directiva 2003/74/CE, al igual que su predecesora, impone una prohibición a la importación de carne tratada con hormonas. Según las Comunidades Europeas, esta constatación contradice la constatación anterior del Grupo Especial de que "no es la prohibición de la carne tratada con hormonas del crecimiento en sí misma lo que se declaró ilegal en el asunto *CE - Hormonas*; en cambio, se constató que la justificación de esa prohibición era insuficiente".[103] Además, las Comunidades Europeas subrayan la constatación del Grupo Especial según la cual la Directiva 2003/74/CE "presenta todas las señales de una medida de aplicación que ha sido sometida a todo el proceso formal requerido para su adopción y que presenta a primera vista todas las señales de una medida adoptada de buena fe".[104] Las Comunidades Europeas aducen que, como el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la Directiva 96/22/CE -la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado- había sido suprimida, del texto del párrafo 8 del artículo 22 se deduce que la aplicación de la suspensión de concesiones ya no estaba autorizada después de la adopción y de la ulterior notificación de la Directiva 2003/74/CE al OSD. Subrayan también que el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 8 del artículo 22 reconocen que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es una medida temporal de último recurso.[105]

51. Las Comunidades Europeas hacen hincapié en que el párrafo 8 del artículo 22 se refiere a la cuestión de si la "medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" ha sido suprimida. Afirman que, en este caso concreto, la medida declarada incompatible en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 era la medida que fue objeto de la diferencia inicial en *CE - Hormonas* y que el Órgano de Apelación identificó en 1998 como la medida declarada incompatible con el *Acuerdo MSF*. Esa medida era la Directiva 96/22/CE. Por lo tanto, una vez que las Comunidades Europeas adoptaron la Directiva 2003/74/CE, que se basaba en una nueva evaluación del riesgo encaminada explícitamente a subsanar las deficiencias constatadas en la diferencia *CE - Hormonas* con respecto a la Directiva 96/22/CE, no se podía seguir aplicando la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Una vez suprimida la medida inicial, la suspensión de concesiones se mantendría sin su objetivo

[103] *Ibid.*, párrafo 106 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.207; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.199). (no se reproducen las cursivas)

[104] *Ibid.*, párrafo 108 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.238; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.231). (no se reproducen las cursivas)

[105] *Ibid.*, párrafos 115 y 116. Las Comunidades Europeas se refieren también a su propia conducta en la diferencia *Estados Unidos - EVE*, en la que suspendieron la aplicación de medidas de retorsión e iniciaron un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 porque consideraban que la medida de aplicación de los Estados Unidos era incompatible con los acuerdos abarcados pertinentes. (*Ibid.*, párrafo 156)

principal -la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD- porque la medida de aplicación ya se había adoptado. El objetivo de inducir al cumplimiento sólo puede "renacer después de que se haya establecido debidamente en un procedimiento sobre el cumplimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD que la medida de aplicación ha sido insuficiente para reparar una infracción de las normas de la OMC".[106]

52. Las Comunidades Europeas sostienen que "los artículos 21 y 22 del ESD fueron redactados en torno a una dicotomía básica entre 'la medida declarada incompatible' y las 'medidas destinadas a cumplir'".[107] Por lo tanto, "la cuestión de si la medida destinada a cumplir [adoptada por las Comunidades Europeas] se ajusta a las recomendaciones y resoluciones del OSD"[108] es un asunto que debe determinar un grupo especial que actúe en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. A diferencia del párrafo 5 del artículo 21, el párrafo 8 del artículo 22 se refiere a la cuestión de si se ha suprimido la medida, y no a si la medida destinada a cumplir es compatible con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las Comunidades Europeas añaden que interpretar que el párrafo 8 del artículo 22 se refiere al "cumplimiento real", como hizo el Grupo Especial, permitiría al Miembro reclamante inicial formular una determinación unilateral del valor sustantivo de la medida destinada a cumplir sin recurrir al párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

53. Las Comunidades Europeas consideran que el Grupo Especial "incurrió fundamentalmente en un error" en la forma en que identificó la "medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" a fin de determinar si "ha sido suprimida"[109] en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Declaran que, aunque el Grupo Especial consideró inicialmente que la Directiva 96/22/CE, es decir la medida sanitaria que fue objeto del procedimiento inicial en *CE - Hormonas*, fue suprimida, posteriormente sostuvo que la consideración de la Directiva 96/22/CE como la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 "no es satisfactoria, ya que la Directiva 96/22/CE fue reemplazada por la Directiva 2003/74/CE, que también impone una prohibición a la importación".[110]

---

[106] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 141.

[107] *Ibid.*, párrafos 136 y 137 (donde se hace referencia a la declaración formulada por el Órgano de Apelación en el párrafo 36 de su informe sobre el asunto *Canadá - Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)* de que "una medida 'destinada a cumplir' ... *no* será la misma que fue objeto de la diferencia inicial, por lo que habría dos medidas distintas y separadas" (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)).

[108] *Ibid.*, párrafo 142.

[109] *Ibid.*, párrafo 145.

[110] *Ibid.*, párrafo 146 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.283 y 7.284; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.299 y 7.300).

54. Por estas razones, las Comunidades Europeas piden al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que las alegaciones de las Comunidades Europeas respecto del párrafo 1 del artículo 23, el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD se basaron en una infracción del párrafo 8 del artículo 22 y en la conformidad real de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. Piden también al Órgano de Apelación que complete el análisis y constate que los Estados Unidos y el Canadá han infringido el párrafo 1 del artículo 23 al mantener la suspensión de concesiones a pesar de la adopción y posterior notificación al OSD de la Directiva 2003/74/CE.

4. El mandato del Grupo Especial

55. Las Comunidades Europeas sostienen que su alegación subsidiaria de una infracción "directa"[111] del párrafo 8 del artículo 22, basada en su cumplimiento real del *Acuerdo MSF*, estaba "estrictamente"[112] sujeta a la condición de que el Grupo Especial no constatara ninguna infracción con arreglo a las dos series de alegaciones principales de las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial no debía haber ignorado la "jerarquía"[113] y el "orden condicional de las alegaciones jurídicas" porque "formaban parte de su mandato".[114] Las Comunidades Europeas reiteran que esta segunda serie de alegaciones principales, en que se aduce que los Estados Unidos y el Canadá han incumplido lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3, no dependía del cumplimiento presunto o real por la Directiva 2003/74/CE de las recomendaciones y resoluciones del OSD, y se basaba en cambio en el hecho de que la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, había sido suprimida. En consecuencia, el hecho de que la Directiva 2003/74/CE se ajustara o no al *Acuerdo MSF* sólo era pertinente para la alegación condicional y "subsidiaria" de las Comunidades Europeas, que el Grupo Especial debería haber examinado solamente si se había cumplido la condición de que el Grupo Especial no constatara ninguna infracción con arreglo a las dos series de alegaciones principales de las Comunidades Europeas. Sobre esta base, las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la clara indicación de las Comunidades Europeas en cuanto a la jerarquía y el orden condicional de sus alegaciones y se excedió de su mandato al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*, pese a que el Grupo Especial ya había constatado que los Estados Unidos y el Canadá habían infringido el párrafo 1 y el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

---

[111] *Ibid.*, párrafo 160 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.164; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.151).

[112] *Ibid.*, párrafo 165.

[113] *Ibid.*, párrafo 162.

[114] *Ibid.*, párrafo 167.

56. Las Comunidades Europeas alegan que, como se demuestra en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Sardinas*, cuando un grupo especial tiene indicaciones claras de la parte reclamante en cuanto al orden de sus alegaciones jurídicas, está "obligado a seguir el orden de las alegaciones jurídicas"[115] si ese orden no afecta la interpretación correcta de las disposiciones pertinentes de los Acuerdos abarcados. En esta diferencia, el orden de las alegaciones planteadas por las Comunidades Europeas no afectaba la interpretación correcta de las disposiciones pertinentes del ESD y del *Acuerdo MSF* y el Grupo Especial incurrió en error al no seguir ese orden.

57. Las Comunidades Europeas destacan que "lo más importante para ellas en estas actuaciones era establecer que el foro apropiado para examinar el cumplimiento era un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, establecido a petición de los Estados Unidos o el Canadá, sobre la base de alegaciones explícitas que expusieran sus objeciones a las nuevas medidas".[116] Añaden que si el Grupo Especial hubiera respetado el orden y las condiciones de las alegaciones formuladas por las Comunidades Europeas, no habría actuado como un grupo especial encargado del cumplimiento, desconociendo abiertamente su mandato y las prescripciones muy específicas del párrafo 5 del artículo 21 del ESD que reflejan, entre otras, las disposiciones del artículo 6 del ESD. Las Comunidades Europeas señalan a este respecto lo que consideran declaraciones contradictorias del Grupo Especial con respecto a si el Grupo Especial estaba "actuando en lugar", o "desempeñando"[117] las funciones, de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21.

58. En consecuencia, las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial "actuó ... haciendo abiertamente caso omiso de su mandato y de ... las prescripciones del párrafo 5 del artículo 21 del ESD"[118] y asumió erróneamente las funciones de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 7 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

5. La sugerencia del Grupo Especial con respecto a la aplicación

59. Las Comunidades Europeas piden que el Órgano de Apelación "modifique"[119] la sugerencia del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá "recurran sin demora a las normas y

---

[115] *Ibid.*, párrafo 168 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafos 7.14-7.19).

[116] *Ibid.*, párrafo 170.

[117] *Ibid.*, párrafos 172 y 173 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.276 y 8.3; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.292 y 8.3). (no se reproducen las cursivas)

[118] *Ibid.*, párrafo 171.

[119] *Ibid.*, párrafo 456.

procedimientos del ESD".[120] Según las Comunidades Europeas, como resultado de las constataciones del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá han infringido los párrafos 2 a) y 1 del ESD, "no cabe duda"[121] de que el mantenimiento de la suspensión de concesiones es incompatible con el ESD, aunque se iniciara de inmediato un procedimiento sobre el cumplimiento. En consecuencia, las Comunidades Europeas consideran que "los Estados Unidos y el Canadá deben suprimir la suspensión de las obligaciones en el marco de la OMC y recurrir sin demora a las normas y procedimientos del ESD si siguen cuestionando la aplicación por las Comunidades Europeas de las recomendaciones"[122] formuladas en *CE - Hormonas*.

60. Las Comunidades Europeas añaden que la frase "mediante el recurso a la solución de diferencias" contenida en el párrafo 2 a) del artículo 23 exige que el resultado del recurso revista la forma de decisiones vinculantes o de un acuerdo entre las partes. Por tanto, las Comunidades Europeas aducen que la incompatibilidad resultante del mantenimiento de la suspensión de concesiones no desaparecerá si los Estados Unidos y el Canadá se limitan a solicitar consultas o a iniciar procedimientos de mediación. En cambio, los Estados Unidos y el Canadá deben "completar"[123] el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 contra las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas afirman además que "se verían privadas de la protección del artículo 23 del ESD si sólo pudieran lograr que se pusiera fin a las sanciones en caso de que resultaran victoriosas en la diferencia sobre el cumplimiento planteada por los Estados Unidos y el Canadá, conforme a lo sugerido por el Grupo Especial".[124] En opinión de las Comunidades Europeas, "se invertiría totalmente el sentido"[125] del artículo 23 si se permitiera que un Miembro de la OMC hiciera antes una determinación unilateral -al mantener la suspensión de las concesiones- de que una medida de aplicación de otro Miembro de la OMC es incompatible con la OMC, y obtuviera sólo posteriormente, en actuaciones iniciadas por el Miembro de la OMC que da cumplimiento a sus obligaciones, constataciones multilaterales que proporcionen un fundamento válido para esa determinación.

61. Las Comunidades Europeas afirman que las circunstancias de esta diferencia exigen "claridad" y una sugerencia del Órgano de Apelación sería "muy útil"[126], y explican que la sugerencia del Grupo Especial es "demasiado vaga para ser muy útil".[127] Por tanto, las Comunidades Europeas

---

[120] *Ibid.*, párrafo 478 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3).
[121] *Ibid.*, párrafo 468.
[122] *Ibid.*, párrafo 454.
[123] *Ibid.*, párrafo 461.
[124] *Ibid.*, párrafo 475.
[125] *Ibid.*, párrafo 476. (no se reproducen las cursivas)
[126] *Ibid.*, párrafo 477.
[127] *Ibid.*, párrafo 479.

solicitan que el Órgano de Apelación "mejore"[128] la sugerencia del Grupo Especial de manera de que quede claro que los Estados Unidos y el Canadá deben poner fin a la aplicación de la suspensión de concesiones y buscar una solución de los desacuerdos pendientes con respecto a la compatibilidad con el *Acuerdo MSF* de la Directiva 2003/74/CE recurriendo a un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 o a otro procedimiento que las partes convengan.

6. La selección de expertos realizada por el Grupo Especial

62. Las Comunidades Europeas cuestionan la selección por el Grupo Especial de dos expertos -el Dr. Jacques Boisseau y el Dr. Alan Boobis- que contribuyeron a la elaboración de los informes del JECFA relativos al uso de las hormonas de que se trata en esta diferencia. Las Comunidades Europeas alegan que "en todos los 'casos en que se basó' en lo que dijeron estos dos expertos del JECFA, el Grupo Especial cometió una infracción de las normas pertinentes sobre conflicto de intereses, de los derechos que les corresponden al debido proceso y del requisito de que el Grupo Especial haga una 'evaluación objetiva' del asunto que se [le] haya sometido"[129], conforme a lo requerido en el artículo 11 del ESD.

63. Recordando la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *Tailandia - Vigas doble T* de que el "requisito de las debidas garantías procesales es fundamental para asegurar la sustanciación equitativa y regular del procedimiento de solución de diferencias"[130], las Comunidades Europeas afirman que el debido proceso "informa la totalidad del Entendimiento sobre Solución de Diferencias".[131] En opinión de las Comunidades Europeas, "al recurrir a expertos para obtener asesoramiento científico y técnico, incluso en su selección, el Grupo Especial debe respetar los principios generales del derecho y, en particular, el principio del debido proceso".[132] Las Comunidades Europeas añaden que "es inherente al principio del debido proceso que las partes obtengan una audiencia imparcial, y ello incluye que los expertos que oye o consulta una corte, tribunal o grupo especial deben ser *independientes e imparciales*".[133]

64. Las Comunidades Europeas afirman que "el criterio jurídico pertinente"[134] para evaluar si un experto es independiente e imparcial se encuentra en el párrafo 2 de la sección VI de las *Normas de Conducta*, que establecen que los expertos "revelarán cualquier información que pueda

[128] *Ibid.*, párrafo 480.
[129] *Ibid.*, párrafo 202.
[130] *Ibid.*, párrafo 184 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 88).
[131] *Ibid.*, párrafo 184.
[132] *Ibid.*, párrafo 188.
[133] *Ibid.* (las cursivas figuran en el original)
[134] *Ibid.*, párrafo 195.

razonablemente pensarse que conocen en el momento [en que se les solicita que actúen en calidad de expertos] que ... pueda afectar a su independencia o imparcialidad o dar lugar a dudas justificables de ellas". Las Comunidades Europeas afirman que esta norma es "muy sencilla y poco exigente" y "no requiere certeza ni un alto grado de probabilidad".[135] Las Comunidades Europeas afirman que "el Grupo Especial nunca se ocupó realmente de la cuestión jurídica pertinente"[136] de si esta norma era aplicable para descalificar a estos expertos.

65. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial no tuvo en cuenta su "objeción más importante"[137], a saber, que el Dr. Boisseau y el Dr. Boobis, que participaron en la redacción de los informes del JECFA, no podían ser independientes e imparciales porque se les pedía que opinaran sobre evaluaciones del riesgo que eran "muy críticas de los informes del JECFA".[138] Las Comunidades Europeas observan que, por ser "coautores" de dichos informes, "no puede considerarse que esos expertos sean independientes e imparciales en estas circunstancias, porque ello equivaldría a pedirles que examinaran y criticaran informes que ellos mismos habían redactado".[139]

66. Además, las Comunidades Europeas alegan que la decisión del Grupo Especial de seleccionar estos expertos "se basó en una definición muy restringida del conflicto de intereses percibido, porque requería un conflicto real o casi cierto, no una prueba basada en la percepción, la probabilidad o la duda justificable".[140] Según las Comunidades Europeas, en esta diferencia se percibe un conflicto de intereses surgido a raíz de que el Dr. Boisseau adoptó "una posición a favor de la inocuidad de estas hormonas" y el Dr. Boobis "ha recibido financiación de la industria farmacéutica para su investigación y asesoramiento".[141]

67. Las Comunidades Europeas alegan varios otros errores cometidos por el Grupo Especial. Acusan al Grupo Especial de "basarse de manera predominante"[142] en las opiniones del Dr. Boisseau y el Dr. Boobis en prácticamente todos los aspectos científicos de las cuestiones de que se trata; de no asegurarse de que el Dr. Boisseau y el Dr. Boobis cumplieran las prescripciones de revelación de hechos antes de su selección; y de no "examinar realmente si todos los expertos tenían posibles

[135] *Ibid.*
[136] *Ibid.*, párrafo 196.
[137] *Ibid.*, párrafo 203.
[138] *Ibid.*, párrafo 196.
[139] *Ibid.*, párrafo 205. Las Comunidades Europeas tratan de establecer una analogía con un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que determinó que se había denegado un juicio imparcial a una persona porque el experto designado por el tribunal pertinente había redactado el informe que había dado lugar al juicio contra esa persona. (*Ibid.*, párrafo 206 (donde se hace referencia al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de mayo de 1985, *Bönisch contra Austria*, Petición Nº 8658/79 (Prueba documental 131 presentada por las Comunidades Europeas al Órgano de Apelación)).)
[140] *Ibid.*, párrafo 203.
[141] *Ibid.*
[142] *Ibid.*, párrafo 212.

conflictos de intereses y si [el Dr. Boisseau y el Dr. Boobis] cumplían las condiciones para ser verdaderamente independientes e imparciales".[143] Por último, las Comunidades Europeas aducen que "incluso si se adoptara el parecer de que el Grupo Especial ... podía aceptar expertos no independientes siempre que tuvieran presentes en todo momento los posibles conflictos de intereses y la falta de independencia al evaluar las opiniones de los expertos, es evidente que el Grupo Especial se negó a hacerlo, y consideró resuelta definitivamente la cuestión de los expertos cuando desestimó las objeciones de las Comunidades Europeas".[144] En efecto, estos expertos "tuvieron un papel predominante en la totalidad del examen científico por el Grupo Especial, tanto desde el punto de vista de la frecuencia con que se hacía referencia a ellos como en cuanto a que el Grupo Especial nunca ponía en tela de juicio sus opiniones y éstas iban más allá del ámbito científico e incursionaban en el área de la reglamentación del riesgo".[145]

68. Por las razones expuestas, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial no respetó el principio del debido proceso; no aseguró que se cumplieran las prescripciones de revelación de hechos previstas en las *Normas de Conducta*; incurrió en error al aceptar como expertos a personas cuya independencia e imparcialidad no estaba garantizada; y actuó de manera incompatible con las obligaciones que le correspondían en virtud del artículo 11 del ESD. En consecuencia, las Comunidades Europeas piden que el Órgano de Apelación "revoque todas las constataciones del Grupo Especial que dependen del asesoramiento que recibió" del Dr. Boisseau y el Dr. Boobis.[146]

7. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

69. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la prohibición permanente de la carne y los productos cárnicos del ganado bovino tratado con estradiol-17β aplicada de conformidad con la Directiva 2003/74/CE no se basaba en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas piden que el Órgano de Apelación revoque esta constatación por las razones siguientes.

70. Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo 5 y del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, basado en el párrafo 2 del artículo 5 de ese Acuerdo. Afirman que el Grupo Especial "adoptó una

[143] *Ibid.*, párrafo 192.
[144] *Ibid.*, párrafo 211. (no se reproduce la nota de pie de página)
[145] *Ibid.*, párrafo 208.
[146] *Ibid.*, párrafo 212.

interpretación extremadamente restringida y, en consecuencia, errónea"[147] de la "evaluación del riesgo" cuando excluyó del alcance de su análisis con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 argumentos y pruebas relativos al uso indebido y el abuso y a las dificultades de control de la administración de la hormona al ganado con fines de estimulación del crecimiento. Las Comunidades Europeas hacen referencia a la declaración del Grupo Especial en el sentido de que el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* "indica a los Miembros cómo deben hacer una evaluación del riesgo"[148] y aducen que el Grupo Especial atribuyó erróneamente al párrafo 2 del artículo 5 un carácter "totalmente *procesal*".[149] En opinión de las Comunidades Europeas, el párrafo 2 del artículo 5 "no prescribe un método o procedimiento determinado que deba seguirse para hacer una evaluación del riesgo"; en cambio establece "*factores sustantivos*"[150] que deben tenerse en cuenta en ese tipo de evaluación, y ofrece orientación sobre el contenido sustantivo de una "evaluación del riesgo" en el sentido del párrafo 1 del artículo 5. En consecuencia, el Grupo Especial incurrió en un "error fundamental de derecho" al "reducir considerablemente el alcance"[151] de una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5. De esta manera el Grupo Especial excluyó erróneamente aspectos de la "gestión del riesgo" del ámbito del párrafo 1 del artículo 5, y adoptó así la misma interpretación restringida de la expresión "evaluación del riesgo", que figura en el párrafo 1 del artículo 5, que fue rechazada por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*.[152]

71. Las Comunidades Europeas se basan en la constatación del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Hormonas* de que los evaluadores del riesgo "pueden examinar y evaluar [...] los riesgos derivados del eventual abuso en la administración de sustancias controladas y de los problemas de control".[153] Las Comunidades Europeas sostienen que los Dictámenes del SCVPH se ocupaban explícitamente de las pruebas relativas al uso abusivo y a las dificultades de control en la administración de las hormonas con fines de estimulación del crecimiento y que, no obstante, el Grupo Especial "hizo simplemente caso omiso de las pruebas".[154] El Grupo Especial no tuvo en cuenta el hecho de que el uso abusivo y las dificultades de control eran factores importantes en la evaluación del riesgo en que se basaban los Dictámenes del SCVPH, que agravaban considerablemente el riesgo identificado. En cambio, el Grupo Especial pidió a los expertos

[147] *Ibid.*, párrafo 308.
[148] *Ibid.*, párrafo 316 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.440). (no se reproducen las cursivas)
[149] *Ibid.*, párrafo 320. (las cursivas figuran en el original)
[150] *Ibid.*, párrafo 316. (las cursivas figuran en el original)
[151] *Ibid.*, párrafo 320.
[152] *Ibid.*, párrafo 322 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187).
[153] *Ibid.*, párrafo 324 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 206 y 207).
[154] *Ibid.*, párrafo 329.

científicos que examinaran solamente la parte de las pruebas relativa a los residuos en la carne de estas hormonas administradas "de conformidad con las buenas prácticas veterinarias".[155] Las Comunidades Europeas añaden que el hecho de que las normas de la Comisión del Codex Alimentarius (el "Codex") no se ocupan normalmente de la posibilidad del uso indebido y el abuso pone en tela de juicio el enfoque del Grupo Especial, porque el concepto de evaluación del riesgo con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* es claramente más amplio que el del Codex.

72. Las Comunidades Europeas afirman también que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Comunidades Europeas actuaron de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 al no evaluar específicamente los riesgos derivados de los residuos de estradiol-17β presentes en la carne de bovinos tratados con esta sustancia con fines de estimulación del crecimiento. Las Comunidades Europeas ponen de relieve la conclusión contenida en la evaluación del riesgo en que se basa la Directiva 2003/74/CE de que las nuevas pruebas relativas a la genotoxicidad[156] del estradiol sugieren que el estradiol-17β "actúa como un carcinógeno completo al ejercer efectos de iniciación y promoción de tumores".[157] Esta conclusión demuestra que la evaluación del riesgo se concentró y se ocupó específicamente del tipo particular de riesgos de que se trata, a saber, el potencial carcinogénico y genotóxico de los residuos de estradiol-17β presentes en la carne tratada con esta hormona.

73. Las Comunidades Europeas sostienen también que el Grupo Especial incurrió en error al exigir la cuantificación de los riesgos para la salud humana resultantes del consumo de carne con residuos de estradiol-17β. Las Comunidades Europeas afirman que, al referirse a "la posible aparición"[158] de efectos negativos cuando se formularon las preguntas a los expertos, el Grupo Especial "impuso a las Comunidades Europeas un método cuantitativo de evaluación del riesgo tomado del Codex Alimentarius y el JECFA".[159] Sin embargo, el rechazo por el Grupo Especial de un

---

[155] *Ibid.*, párrafo 274 (donde se hace referencia a la pregunta 13 formulada por el Grupo Especial a los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo D, página D-24; al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 6.102, 6.164 y 6.165; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 6.94, 6.154 y 6.155).

[156] Genotoxicidad es la capacidad de causar daño al material genético (ADN). Ese daño puede ser mutagénico y/o carcinogénico. (Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 370 al párrafo 7.77; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 362 al párrafo 7.75 (donde se hace referencia a las respuestas del Dr. Boobis y el Dr. Guttenplan a la pregunta 2 formulada por el Grupo Especial a los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 41 y 58, respectivamente). Véase también la trascripción de la reunión conjunta del Grupo Especial con los expertos científicos, celebrada los días 27 y 28 de septiembre de 2006, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafos 85-90.)

[157] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 337 (donde se hace referencia al Dictamen de 1999, página 73).

[158] *Ibid.*, párrafo 346.

[159] *Ibid.*, párrafo 308. Véase también *ibid*., párrafo 296.

"análisis del riesgo puramente cualitativo"[160] y la imposición de ese requisito cuantitativo no encuentra fundamento en el *Acuerdo MSF* y contradice las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* de que una evaluación del riesgo con arreglo al *Acuerdo MSF* no exige que se establezca una magnitud de riesgo mínima. Además, los expertos reconocieron que no es necesaria una cuantificación del riesgo para las sustancias con potencial genotóxico, como el estradiol-17β. Por estas razones, las Comunidades Europeas sugieren que un análisis del riesgo cualitativo debe ser *a fortiori* suficiente para satisfacer las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 y del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

74. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error al asignar la carga de la prueba con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El hecho de que las Comunidades Europeas sean la parte reclamante en esta diferencia "no altera la norma básica relativa a la carga de la prueba con arreglo al *Acuerdo MSF*".[161] En consecuencia, correspondía a los Estados Unidos y al Canadá refutar la presunción *prima facie* de compatibilidad establecida por las Comunidades Europeas en relación con la Directiva 2003/74/CE. Las Comunidades Europeas sostienen que, debido a la particularidad del caso, esta obligación de refutar la presunción *prima facie* establecida por las Comunidades Europeas equivale a la misma norma de establecer una presunción *prima facie* en una diferencia en la que los Estados Unidos y el Canadá entablaran un procedimiento normal de grupo especial contra una medida sanitaria o fitosanitaria adoptada por las Comunidades Europeas. Sin embargo, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos y el Canadá habían "refuta[do] suficientemente la alegación de cumplimiento de las CE en su Primera comunicación escrita mediante pruebas positivas de quebrantamiento del *Acuerdo MSF*"[162] sin exponer los fundamentos de esta conclusión. En consecuencia, el Grupo Especial incurrió en error de derecho al desplazar la carga de la prueba a las Comunidades Europeas sin examinar antes, disposición por disposición del *Acuerdo MSF*, si los argumentos de los Estados Unidos y del Canadá tenían mérito suficiente para desplazar nuevamente la carga de la prueba a las Comunidades Europeas.

75. Las Comunidades Europeas aducen también que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos del caso, conforme a lo requerido por el artículo 11 del ESD. Aunque están de acuerdo con la interpretación que hizo el Órgano de Apelación de la norma de examen aplicable con arreglo al *Acuerdo MSF*, observan también que, al examinar las medidas gubernamentales en

---

[160] *Ibid.*, párrafo 353 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.530; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.502).

[161] *Ibid.*, párrafo 287.

[162] *Ibid.*, párrafo 288 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.385; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.382).

cuestiones sumamente complejas o técnicas, los tribunales nacionales e internacionales siguen habitualmente un enfoque de "razonabilidad" con respecto a la determinación de los hechos por las autoridades competentes. Las Comunidades Europeas recuerdan que, de conformidad con la interpretación que hizo el Órgano de Apelación del párrafo 1 del artículo 5, los Miembros tienen derecho a basarse en "opini[ones] discrepante[s] procedente[s] de fuentes competentes y respetadas"[163] en sus evaluaciones del riesgo cuando adoptan medidas sanitarias y fitosanitarias. Por esta razón, cuando examinan una medida sanitaria o fitosanitaria de un Miembro con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, los grupos especiales deben tratar de determinar si hay un fundamento científico razonable para esas medidas y respetar el "derecho importante y autónomo"[164] de los Miembros a establecer sus propios niveles de protección sanitaria y fitosanitaria. Un grupo especial no debe utilizar su propio juicio científico en lugar del juicio del Miembro que adopta la medida y no debe "hacer especulaciones sobre la intención"[165] de los Miembros, en particular en situaciones en que los datos científicos proporcionan explicaciones alternativas y en conflicto. Por tanto, en esta diferencia, el Grupo Especial debió haber preguntado si había opiniones discrepantes en la comunidad científica y, si las Comunidades Europeas se basaron en una opinión discrepante, si esas opiniones son calificadas y respetadas.

76. En lugar de determinar "si se encuentra en la comunidad científica pertinente un apoyo digno de crédito de la determinación hecha por las Comunidades Europeas a la luz del nivel de protección que han elegido"[166], el Grupo Especial declaró que se trataba de una situación "similar"[167] a la de un evaluador del riesgo y trató de determinar cuáles eran las conclusiones científicas correctas con respecto a las hormonas en cuestión. Al hacerlo, el Grupo Especial "pasó a hacer un examen *de novo*"[168] de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas y decidió "convertirse en jurado de la información científica correcta ... y elegir de manera arbitraria entre las opiniones en conflicto y contradictorias de los expertos".[169] El Grupo Especial impuso a las Comunidades Europeas las que había seleccionado entre las diferentes "alternativas científicamente plausibles" basándose en las opiniones expresadas por una mayoría de los expertos o seleccionando las opiniones

[163] *Ibid.*, párrafo 226 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 194). (no se reproducen las cursivas)
[164] *Ibid.*, párrafo 222 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 172). (no se reproducen las cursivas)
[165] *Ibid.*, párrafo 222.
[166] *Ibid.*, párrafo 240.
[167] *Ibid.*, párrafo 237 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.418; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.409).
[168] *Ibid.*, párrafo 237.
[169] *Ibid.*, párrafo 239. (no reproducen las cursivas)

"más específicas" o las que "tenían más apoyo".[170] De esa forma el Grupo Especial no tuvo en cuenta opiniones divergentes que reflejaban una "controversia científica auténtica y legítima"[171] entre los expertos sobre la inocuidad de los residuos de hormonas en la carne. El Grupo Especial tampoco tuvo en cuenta el hecho de que algunos de los expertos comunicaron las mismas preocupaciones expresadas en los Dictámenes del SCVPH y "encomiaron"[172] el análisis contenido en esos Dictámenes, o pusieron de relieve que los Dictámenes seguían un enfoque científico diferente pero igualmente plausible.

77. Las Comunidades Europeas señalan los siguientes errores específicos en conexión con su alegación de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos. En primer lugar, alegan que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD cuando no tuvo en cuenta pruebas relacionadas con la evaluación del riesgo para la salud humana resultante de la exposición a residuos de hormonas de múltiples fuentes endógenas y exógenas. Las Comunidades Europeas sostienen que los informes del Grupo Especial explican esta cuestión "de manera muy sucinta"[173], pese a que se planteó varias veces en las comunicaciones escritas y las observaciones de las Comunidades Europeas y se analizó ampliamente durante la reunión del Grupo Especial con los expertos. Las Comunidades Europeas observan que "no hay ninguna mención en absoluto [de los riesgos resultantes de exposiciones múltiples] en las constataciones del Grupo Especial".[174]

78. En segundo lugar, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial "no consideró o distorsionó"[175] los testimonios científicos que demostraban que no existe ningún umbral de inocuidad para el consumo por los seres humanos de estradiol-17β debido a su genotoxicidad real o potencial. Destacan que una mayoría de los expertos que asesoraron al Grupo Especial estuvo de acuerdo en que había testimonios científicos suficientes en apoyo de la conclusión de las Comunidades Europeas de que el estradiol-17β es real o potencialmente genotóxico. Sin embargo, el Grupo Especial "dejó de lado" algunas pruebas cruciales y "caracterizó erróneamente" las pruebas al constatar que las Comunidades Europeas no habían "proporcionado un análisis de las posibilidades de que esos efectos [genotóxicos] se deriven del consumo de carne y productos cárnicos que contienen

[170] *Ibid.*, párrafo 240.
[171] *Ibid.*, párrafo 248.
[172] *Ibid.*, párrafo 247.
[173] *Ibid.*, párrafo 249 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.502 y 7.503; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.474 y 7.475).
[174] *Ibid.*, párrafo 249.
[175] *Ibid.*, párrafo 250.

residuos de estradiol-17β".[176] Las Comunidades Europeas observan que para obtener pruebas concluyentes sobre la posibilidad de aplicar un umbral "podrían requerirse ensayos científicos en seres humanos", lo que sería "totalmente contrario a la ética" y exigiría que un Miembro "hiciera algo imposible".[177] Las Comunidades Europeas consideran que la conclusión de que no puede establecerse ningún umbral en relación con el estradiol-17β es "tan válida"[178] científicamente como la posición opuesta sostenida por los Estados Unidos, el Canadá y el JECFA. En consecuencia, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el párrafo 11 del ESD al ignorar "la totalidad de las pruebas"[179] y al no reconocer la importancia de la "controversia científica 'auténtica' y 'legítima'"[180] relativa a la cuestión de si era posible hacer frente a los riesgos para la salud humana resultantes del consumo de residuos de estradiol-17β mediante el establecimiento de niveles de umbral.

79. Las Comunidades Europeas aducen además que el Grupo Especial llegó a la constatación "manifiestamente infundada"[181] de que las Comunidades Europeas no habían evaluado los riesgos específicos para los seres humanos resultantes del consumo de carne que contenía residuos de estradiol-17β como consecuencia del tratamiento del ganado con esta hormona con fines de estimulación del crecimiento. Al llegar a esta constatación, el Grupo Especial impuso incorrectamente un requisito de "especificidad" o "causalidad directa"[182] con arreglo al cual las Comunidades Europeas tenían que demostrar efectos adversos *reales* en lugar de la *posibilidad* de efectos adversos, contrariamente a las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* y *Japón - Manzanas*.[183] En opinión de las Comunidades Europeas, las constataciones del Órgano de Apelación en estas diferencias no impedían que un Miembro satisficiera la norma del párrafo 1 del artículo 5 demostrando que los efectos adversos identificados pueden "*posiblemente surgir* como resultado de los residuos en la carne" y que "no hay necesidad de demostrar una causalidad real", como exigió el Grupo Especial en esta diferencia.[184] Además, las Comunidades Europeas observan que ningún país ha realizado el tipo de prueba de especificidad requerido por el Grupo Especial, y que no se puede considerar que las Comunidades Europeas actúen de manera incompatible con el

[176] *Ibid.*, párrafo 251 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.537; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.509).
[177] *Ibid.*, párrafo 258.
[178] *Ibid.*
[179] *Ibid.*
[180] *Ibid.*
[181] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 270.
[182] *Ibid.*, párrafo 262.
[183] *Ibid.*, párrafo 261 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.511 y 7.512; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.438 y 7.484, donde se hace referencia a su vez al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200; al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 202 y a la nota 372 al mismo).
[184] *Ibid.*, párrafo 261. (las cursivas figuran en el original)

Acuerdo MSF al no satisfacer esa prueba. Por otra parte, el Grupo Especial no tuvo en cuenta el hecho de que tres de los expertos que asesoraban al Grupo Especial confirmaron que las Comunidades Europeas habían demostrado la posibilidad de efectos adversos. Sobre esta base, las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial ignoró o "interpretó muy erróneamente" parte de las pruebas pertinentes al llegar a esta constatación y no explicó de qué manera sus conclusiones "guardan una relación razonable con la totalidad de las pruebas".[185] En consecuencia, en su evaluación de las pruebas el Grupo Especial se excedió de los límites de sus facultades discrecionales en tanto instancia que decide sobre los hechos, infringiendo así el artículo 11 del ESD.

80. Las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial no interpretó ni aplicó correctamente el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y no hizo una evaluación objetiva del asunto, conforme a lo requerido en el artículo 11 del ESD. En consecuencia, las Comunidades Europeas piden que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial con respecto al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

8. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

81. Las Comunidades Europeas aducen 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 párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y que, en consecuencia, la prohibición provisional de la importación y la comercialización de la carne de bovinos tratados con estas cinco hormonas no satisface las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5. Las Comunidades Europeas solicitan que el Órgano de Apelación revoque esta constatación por las razones siguientes.

82. En primer lugar, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 7 del artículo 5 porque rechazó expresamente la pertinencia del nivel de protección establecido por un Miembro para evaluar si los testimonios científicos son "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. Las Comunidades Europeas cuestionan la "declaración tajante"[186] del Grupo Especial de que la "presunción de compatibilidad de las medidas que se ajustan a las normas [ ] internacionales", prevista en el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, "implica que estas normas ..., en particular aquellas a que se hace referencia en este caso, se basan en evaluaciones del riesgo que satisfacen las prescripciones del *Acuerdo MSF*".[187] Según las Comunidades Europeas, la presunción de compatibilidad que se aplica a las medidas que se

[185] *Ibid.*, párrafo 270.
[186] *Ibid.*, párrafo 388.
[187] *Ibid.*, párrafo 387 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.644; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.622).

ajustan a las normas internacionales con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 no lleva necesariamente a la conclusión de que los testimonios científicos en que se basan las normas internacionales son suficientes para hacer una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5. Esto se debe a que es posible que la norma internacional no se base en ninguna evaluación del riesgo, se base en una evaluación del riesgo que no tenga en cuenta todos los factores enumerados en los párrafos 1 y 2 del artículo 5, o los testimonios científicos pertinentes en que se apoye sean insuficientes u obsoletos o no sean ya la opinión científica prevaleciente.

83. Las Comunidades Europeas afirman que una norma internacional ya "implica o encapsula"[188] un cierto nivel de protección. Sin embargo, el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* permite que los Miembros adopten medidas sanitarias y fitosanitarias que dan por resultado un nivel de protección más elevado que el nivel implícito en una norma internacional. En consecuencia, el nivel de protección deseado debe ser pertinente para determinar si los testimonios científicos son "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, y un Miembro que establece un nivel de protección más elevado puede considerar que los testimonios científicos pertinentes en que se basa una norma internacional son insuficientes. Las Comunidades Europeas sostienen por tanto que el enfoque del Grupo Especial desconectaba totalmente la suficiencia de los testimonios científicos del nivel de protección establecido por las Comunidades Europeas, y que este enfoque va en contra de la redacción explícita del párrafo 3 del artículo 3 y de las opiniones expresadas por los expertos seleccionados por el Grupo Especial. Haciendo referencia a la distinción establecida por el Órgano de Apelación en *Japón - Manzanas* entre "incertidumbre científica" e "insuficiencia de testimonios científicos"[189], las Comunidades Europeas señalan que esta distinción no excluye la posibilidad de que la insuficiencia de los testimonios científicos se deba a la incertidumbre científica creada por la existencia de opiniones minoritarias discrepantes.

84. En segundo lugar, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error al imponer a las Comunidades Europeas la carga inicial de demostrar que la Directiva 2003/74/CE satisface las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5 en relación con la prohibición provisional de las cinco hormonas en cuestión. Al imponer la carga de la prueba a las Comunidades Europeas, el Grupo Especial "al parecer"[190] consideró erróneamente que el párrafo 7 del artículo 5 es una excepción a las normas establecidas en el párrafo 1 del artículo 5, pese a que el párrafo 7 del artículo 5 confiere a los Miembros de la OMC un "derecho calificado"[191] de adoptar medidas provisionales en

[188] *Ibid.*, párrafo 397.
[189] *Ibid.*, párrafos 377 y 378 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 184).
[190] *Ibid.*, párrafo 362.
[191] *Ibid.*, párrafo 368.

ciertas condiciones. Las Comunidades Europeas sostienen que el párrafo 7 del artículo 5 tiene "su propio régimen jurídico que es distinto del párrafo 1 del artículo 5".[192] Esto se debe a que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* excluye explícitamente las medidas adoptadas en virtud del párrafo 7 del artículo 5 de su ámbito de aplicación, y el párrafo 1 del artículo 5, que es una aplicación específica de las obligaciones contenidas en el párrafo 2 del artículo 2, no puede ser aplicable en las circunstancias en que no es aplicable el párrafo 2 del artículo 2. Las Comunidades Europeas recuerdan la constatación del Órgano de Apelación en *Japón - Manzanas* de que existe un vínculo entre los párrafos 7 y 1 del artículo 5 por cuanto los "testimonios científicos pertinentes" serán "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 si los testimonios científicos disponibles no permiten hacer una evaluación del riesgo adecuada conforme a lo requerido en el párrafo 1 del artículo 5.[193] Sobre esta base, las Comunidades Europeas aducen que "hay un 'continuo de testimonios científicos pertinentes' que se divide entre los respectivos ámbitos de aplicación del párrafo 1 y el párrafo 7 del artículo 5".[194] En consecuencia, un Miembro que es "suficientemente diligente ... debe estar facultado para"[195] adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria con arreglo al párrafo 1 o al párrafo 7 del artículo 5 y la suficiencia de los testimonios científicos "es determinante en cuanto a si la medida en cuestión recae en el ámbito del párrafo 1 o en el del párrafo 7 del artículo 5".[196] Las Comunidades Europeas aducen por tanto que, en razón de que tienen derecho a imponer medidas provisionales cuando consideran que los testimonios científicos pertinentes son insuficientes, corresponde a los Estados Unidos y el Canadá demostrar que esta condición para aplicar medidas provisionales con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 no se ha satisfecho. En cambio, el Grupo Especial desplazó erróneamente esta carga a las Comunidades Europeas cuando limitó su examen exclusivamente a las "insuficiencias"[197] identificadas por las Comunidades Europeas en sus comunicaciones. Al requerir que las Comunidades Europeas identificaran la cuestión respecto de la cual los testimonios científicos pertinentes son insuficientes, el Grupo Especial asignó a las Comunidades Europeas la carga de "probar algo negativo".[198]

85. En tercer lugar, las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, cuando hay normas internacionales para una sustancia, se necesita una "masa crítica" de nuevos testimonios científicos que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del

[192] *Ibid.*, párrafo 367.
[193] *Ibid.*, párrafo 371 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 179).
[194] *Ibid.*, párrafo 374.
[195] Declaración de las Comunidades Europeas en la audiencia.
[196] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 374.
[197] *Ibid.*, párrafo 380 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.653; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.630).
[198] *Ibid.*, párrafo 291.

conocimiento anterior para hacer que los testimonios científicos pertinentes, pasen a ser "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. Las Comunidades Europeas afirman que el criterio de la "masa crítica" desarrollado por el Grupo Especial "imponía un umbral cuantitativo y cualitativo elevado"[199] con respecto a los nuevos testimonios científicos que se necesitan para hacer que se consideren insuficientes los testimonios anteriores. Las Comunidades Europeas afirman que la calidad de los testimonios científicos es más importante que la cantidad. Por esta razón, incluso un estudio único realizado por científicos calificados y respetables, aunque sean minoría, podría considerarse *a priori* suficiente para poner en tela de juicio la suficiencia de los testimonios científicos anteriores si sus méritos son particularmente pertinentes para las circunstancias de la evaluación del riesgo. Según las Comunidades Europeas, el error del Grupo Especial fue consecuencia de la premisa errónea de su análisis de que la existencia de una norma internacional presupone que los testimonios científicos han sido suficientes para hacer una evaluación del riesgo. Este error llevó al Grupo Especial a suponer erróneamente que se necesita una "masa crítica" de nuevos testimonios para poner en tela de juicio la suficiencia de los testimonios científicos y a no tener en cuenta en consecuencia las "serias preocupaciones"[200] expresadas por los expertos en relación con la "controversia científica fundamental"[201] relativa al riesgo para la salud humana que plantean las cinco hormonas. Las Comunidades Europeas observan que la cuestión pertinente es no sólo si los testimonios científicos pertinentes pueden "llegar a ser" insuficientes sino también si "son" insuficientes desde un principio.[202] Además, las Comunidades Europeas aducen que la aplicación por el Grupo Especial del criterio de la "masa crítica" excluye *a priori* la posibilidad de que un Miembro de la OMC base su evaluación del riesgo en una "opinión minoritaria respetable".[203] Esto, de hecho, "excluía la aplicación"[204] del principio de cautela en la interpretación de los párrafos 1 y 7 del artículo 5, contrariamente a la constatación del Órgano de Apelación de que "el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 [del *Acuerdo MSF*]".[205] Las Comunidades Europeas explican que el criterio de la "masa crítica" adoptado por el Grupo Especial implica que los testimonios científicos pasan inmediatamente de un estado de insuficiencia a un estado de conocimiento total, porque no habrá ningún "período de transición"[206] en que pueda aplicarse el párrafo 7 del artículo 5.

[199] *Ibid.*, párrafo 412.
[200] *Ibid.*, párrafo 421.
[201] *Ibid.*, párrafo 426.
[202] *Ibid.*, párrafo 419.
[203] *Ibid.*, párrafo 409.
[204] *Ibid.*, párrafo 427.
[205] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 124.
[206] Declaración de las Comunidades Europeas en la audiencia.

86. Las Comunidades Europeas alegan que, al aplicar el criterio de la "masa crítica" a las pruebas que tenía ante sí, el Grupo Especial "redujo sistemáticamente la importancia"[207] e hizo caso omiso de "testimonios científicos altamente pertinentes"[208] que "apoyaban la posición de las Comunidades Europeas ... de que en realidad los testimonios científicos eran de hecho insuficientes"[209] para hacer una evaluación del riesgo. Las Comunidades Europeas cuestionan el análisis del Grupo Especial de las pruebas en relación con las siguientes cuestiones con respecto a las cinco hormonas: i) los efectos de las hormonas en algunos grupos de población; ii) la relación dosis-respuesta; iii) los períodos de latencia prolongados del cáncer y los factores de confusión; y iv) los efectos adversos en el crecimiento y la reproducción de los seres humanos.[210] Además, las Comunidades Europeas plantean preocupaciones específicas con respecto a la aplicación por el Grupo Especial del criterio de la "masa crítica" al evaluar la suficiencia de la información individualmente para cada una de las cinco hormonas.

87. En lo que respecta a la constatación del Grupo Especial de que los testimonios científicos relativos a los efectos de las cinco hormonas sobre algunos grupos de población no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial no tuvo en cuenta el testimonio del Dr. Sippell de que mediante el desarrollo de métodos de detección más sensibles se han identificado en los niños prepúberes niveles hormonales endógenos más bajos de lo que se creía anteriormente, lo que ponía en tela de juicio la gama de niveles fisiológicos de hormonas sexuales que se creía que existen en los seres humanos. Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial menoscabó la importancia de este adelanto al referirse a la declaración del Dr. Boobis de que esos nuevos métodos de detección "aún no han sido validados".[211] En lo que concierne a la relación dosis-respuesta, las Comunidades Europeas afirman que los informes del Grupo Especial no contienen "ningún análisis serio"[212] de esta cuestión, y que el único fundamento expuesto por el Grupo Especial en apoyo de su conclusión era su constatación anterior de que los métodos de detección ultrasensibles aún no habían sido validados. Las Comunidades Europeas sugieren también que el Grupo Especial hizo caso omiso del testimonio del Dr. Cogliano en que se confirmaba que los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes para hacer una

[207] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 427.
[208] *Ibid.*, párrafo 447.
[209] *Ibid.*, párrafo 427.
[210] En su comunicación del apelante, las Comunidades Europeas se refieren también al análisis del Grupo Especial sobre la biodisponibilidad. (*Ibid.*, párrafos 179 y 432.) Sin embargo, en la audiencia, las Comunidades Europeas manifestaron que esta cuestión no estaba incluida en su apelación de las constataciones del Grupo Especial con respecto al párrafo 7 del artículo 5.
[211] *Ibid.*, párrafo 430 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.670; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.647).
[212] *Ibid.*, párrafo 431.

evaluación del riesgo de las cinco hormonas porque "no se puede estimar la curva de dosis-respuesta con ningún tipo de certeza".[213]

88. En lo que respecta al prolongado período de latencia del cáncer y la presencia de factores de confusión, las Comunidades Europeas aducen que el criterio de la "masa crítica" adoptado por el Grupo Especial "requería esencialmente que las Comunidades Europeas hicieran algo imposible"[214] porque los períodos de latencia prolongados del cáncer y la existencia de factores de confusión no permiten que se establezca un vínculo causal entre la prevalencia de cáncer y el consumo de residuos de las cinco hormonas en la carne. Para establecer ese vínculo causal sería necesario hacer experimentos en seres humanos aislándolos del resto de la población "durante años, si no décadas", lo que constituye "un requisito no realista".[215]

89. En cuanto a las pruebas sobre efectos adversos de las cinco hormonas en el crecimiento y la reproducción de los seres humanos, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial "redujo sistemáticamente la importancia"[216] de las opiniones del Dr. Sippell y el Dr. Guttenplan al llegar a su constatación de que los testimonios científicos pertinentes no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. Según las Comunidades Europeas "el hecho de que las nuevas pruebas se refieren, entre otras cosas, a los niños, que son la parte más vulnerable y sensible de la población, es motivo de grave preocupación para las Comunidades Europeas" y esta preocupación "se refuerza con las opiniones expresadas por el Dr. Sippell y el Dr. Guttenplan".[217] Las Comunidades Europeas sostienen también que el Grupo Especial dio "arbitrariamente"[218] un estatus diferente a las declaraciones de distintos expertos que asesoraban al Grupo Especial. Por ejemplo, en tanto que la expresión de preocupación del Dr. Guttenplan sobre los posibles efectos de las hormonas en el desarrollo en los niños fue caracterizada por el Grupo Especial como una expresión de "dudas"[219], la opinión del Dr. Boobis de que las nuevas pruebas obtenidas por las Comunidades Europeas no indicaban preocupaciones adicionales con respecto al riesgo de las cinco hormonas mereció "manifiestamente, el estatus de testimonio científico".[220]

---

[213] *Ibid.*, párrafo 444 (donde se cita la transcripción de la reunión conjunta del Grupo Especial con los expertos científicos, celebrada los días 27 y 28 de septiembre de 2006, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 871).
[214] *Ibid.*, párrafo 433.
[215] *Ibid.*, párrafo 434.
[216] *Ibid.*, párrafo 435.
[217] *Ibid.*, párrafo 436.
[218] *Ibid.*
[219] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.719; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.696).
[220] *Ibid.*, párrafo 436.

90. Pasando a la evaluación del Grupo Especial de cada una de las cinco hormonas individualmente, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial no tuvo en cuenta pruebas que demostraban que la progesterona y la testosterona son carcinogénicas en los seres humanos. Esas pruebas consistían en estudios del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer ("CIIC") que llegaban a la conclusión de que la progesterona es "posiblemente carcinogénica para los seres humanos"[221] y la testosterona es "probablemente carcinogénica para los seres humanos".[222] Las Comunidades Europeas afirman además que el Grupo Especial confundió el párrafo 1 y el párrafo 7 del artículo 5 cuando llegó a la conclusión de que los estudios del CIIC se ocupaban de la carcinogenicidad de la progesterona y la testosterona en general, pero no encaraban específicamente el potencial carcinogénico para los seres humanos del consumo de residuos de estas hormonas presentes en la carne. Según las Comunidades Europeas, es precisamente porque faltan testimonios científicos sobre la cuestión específica por lo que las Comunidades Europeas decidieron imponer restricciones provisionales sobre la base de la información pertinente disponible.

91. Con respecto a la constatación del Grupo Especial de que los testimonios científicos pertinentes sobre el acetato de trembolona no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial llegó a sus conclusiones exclusivamente sobre la base de la opinión del Dr. Boobis. Señalan a la atención la opinión del Dr. Guttenplan de que los testimonios científicos mostraban que el acetato de trembolona tiene "una capacidad estrogénica [ ] significativa" y que no parecía posible "establecer IDA [(ingestas diarias admisibles)] exactas en este momento" para esta sustancia.[223] El Grupo Especial "trató de disminuir la importancia"[224] de esta opinión del Dr. Guttenplan al hacer referencia a su declaración de que, aunque no es posible establecer ingestas diarias admisibles ("IDA") exactas, se puede hacer no obstante una evaluación del riesgo. En opinión de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial no determinó si el Dr. Guttenplan quería decir simplemente que pueden formalmente realizarse las cuatro etapas de la evaluación del riesgo del JECFA, o que puede hacerse una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y que lo pertinente para el análisis del Grupo Especial era esto último.

---

[221] *Ibid.*, párrafo 437 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.737; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.714, donde se hace referencia a su vez a las respuestas escritas del CIIC a la pregunta 25 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo E-3, página 141). (no se reproducen las cursivas)

[222] *Ibid.*, párrafo 438.

[223] *Ibid.*, párrafo 439 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.779; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.761).

[224] *Ibid.*, párrafo 440.

92. Con respecto a la constatación del Grupo Especial de que los testimonios científicos pertinentes no eran "insuficientes" en relación con la carcinogenicidad del zeranol, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial no tuvo en cuenta el testimonio del Dr. Guttenplan de que "deberían realizarse pruebas adicionales del zeranol".[225] Las Comunidades Europeas añaden que el Grupo Especial restó importancia a las preocupaciones del Dr. Sippell con respecto a los efectos del zeranol en las células de cáncer de mama en los seres humanos al basarse, en cambio, en la opinión del Dr. Boobis.

93. Además, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial llegó "de manera tajante"[226] a la conclusión de que las pruebas sobre el MGA eran "suficientes" para hacer una evaluación del riesgo porque está en marcha en el Codex un proceso tendiente a la adopción de una norma internacional para esta hormona. Las Comunidades Europeas acusan también al Grupo Especial de disminuir la importancia de los nuevos estudios que han llevado a cabo las Comunidades Europeas desde 1999, pese a que el Grupo Especial reconoció que la evaluación realizada por el JECFA se basaba en estudios de los años sesenta y setenta. Además, las Comunidades Europeas critican al Grupo Especial por no tener en cuenta la opinión del Dr. De Brabander en relación con el acetato de trembolona, el zeranol y el MGA, en que se cuestionaban los niveles de residuos estimados por el JECFA y se planteaban preocupaciones con respecto a los posibles efectos de estas hormonas y sus metabolitos en el medio ambiente.

94. Por último, las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos al llegar a sus constataciones en relación con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 11 del ESD. Las Comunidades Europeas subrayan la declaración del Dr. Cogliano de que "los datos no son suficientes" para hacer "una predicción de los niveles de riesgo con dosis bajas, en las concentraciones que se podrían encontrar en carne tratada con hormonas"[227] y observan que esta declaración no se reflejó en los informes del Grupo Especial. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial decidió aceptar solamente las opiniones de expertos que consideraba "aceptables" y que, al hacerlo, el Grupo Especial "eligió arbitrariamente entre diferentes opiniones científicas" en lugar de determinar si las Comunidades Europeas habían "seguido una alternativa científicamente plausible" al adoptar la Directiva 2003/74/CE, y que el Grupo Especial "no reconoció así la significación jurídica de una

[225] *Ibid.*, párrafo 441 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.797; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.781).

[226] *Ibid.*, párrafo 442.

[227] *Ibid.*, párrafo 279 (donde se cita la transcripción de la reunión conjunta del Grupo Especial con los expertos científicos, celebrada los días 27 y 28 de septiembre de 2006, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 871).

controversia científica auténtica".[228] En consecuencia, el Grupo Especial constató que los Dictámenes del SCVPH "llegaban a conclusiones científicas erróneas"[229] y realizó en consecuencia un examen *de novo* de los hechos, contrariamente a las prescripciones del artículo 11 del ESD de hacer una evaluación objetiva de los hechos tal como se reflejan en la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas.

95. Las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial no interpretó ni aplicó correctamente el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y no hizo una evaluación objetiva de la cuestión conforme a lo requerido por el artículo 11 del ESD. En consecuencia, las Comunidades Europeas solicitan que el Órgano de Apelación revoque las constataciones del Grupo Especial en relación con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

B. *Argumentos de los Estados Unidos - Apelado*

1. Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público

96. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación permita al público observar la audiencia del presente procedimiento. Mencionan la experiencia de celebrar audiencias abiertas en la etapa de los grupos especiales y dicen que este hecho ha beneficiado mucho a la OMC y al sistema multilateral de comercio. Los Estados Unidos explican que "la posibilidad de que el público en general -por ejemplo, representantes de la sociedad civil, tales como ONG, periodistas, docentes y particulares- observen las audiencias de solución de diferencias ha contribuido a propiciar mayor confianza en el sistema de solución de diferencias de la OMC y en la forma en que funciona".[230] Consideran también que la práctica de celebrar reuniones abiertas del grupo especial con las partes ha servido para reforzar la "legitimidad y credibilidad"[231] del sistema y que esta mayor confianza en el procedimiento de solución de diferencias puede traducirse en una aceptación mayor de los resultados del mismo, con posibles ventajas en lo que respecta a la aplicación. Además, señalan que la práctica de abrir las reuniones que celebra el grupo especial con las partes también ha sido muy beneficiosa para los gobiernos de muchos Miembros de la OMC porque "un número importante de delegados de Miembros de la OMC que no eran partes en la diferencia han aprovechado la oportunidad de asistir a una reunión abierta de un grupo especial para seguir más atentamente la diferencia de lo que podrían haberlo hecho en otro caso".[232] Los Estados Unidos señalan además que las "reuniones abiertas

[228] *Ibid.*, párrafo 281.
[229] *Ibid.*, párrafo 282.
[230] Solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los Estados Unidos, párrafo 5.
[231] *Ibid.*
[232] *Ibid.*, párrafo 6.

favorecen a la OMC en la comparación con otros foros internacionales"[233] y se refieren a la práctica de numerosos tribunales internacionales. Observan que la presente diferencia está relacionada con cuestiones de salud humana y opiniones científicas y, por lo tanto, "ofrece un ejemplo especialmente claro de interés público en la solución de diferencias de la OMC".[234]

97. A juicio de los Estados Unidos, no hay ninguna disposición en el ESD, los *Procedimientos de trabajo* o las *Normas de Conducta* que regule "directamente" la cuestión de las audiencias abiertas.[235] Los Estados Unidos no consideran que el párrafo 10 del artículo 17 prohíba celebrar audiencias abiertas en la etapa de apelación. Aducen que como en el ESD no se mencionan las audiencias del Órgano de Apelación, "el párrafo 10 del artículo 17 no puede referirse a la cuestión de si esas audiencias deberían ser abiertas o cerradas".[236] Observan a este respecto que en las apelaciones relativas a los asuntos *Estados Unidos - Camarones (Tailandia)* y *Estados Unidos - Directiva sobre fianzas aduaneras* se permitió a terceros que no eran terceros participantes asistir a la audiencia consolidada que se celebró para ambas. Los Estados Unidos añaden que "[a]lgo similar parece haber ocurrido"[237] en el procedimiento de apelación en el asunto *Estados Unidos - Ley de 1916*. Sostienen, además, que "no hay ninguna disposición del ESD que autorice a un tercero a observar una audiencia del Órgano de Apelación" y que, "si el párrafo 10 del artículo 17 exigiera que la audiencia fuera confidencial, el Órgano de Apelación no habría podido permitir que los terceros observaran la audiencia".[238]

98. Según los Estados Unidos, no ha habido ninguna interpretación del párrafo 10 del artículo 17 en el sentido de que "exija literalmente la confidencialidad de las audiencias del Órgano de Apelación" porque los informes del Órgano de Apelación "describen habitualmente hechos ocurridos en una audiencia o incluso incorporan citas de las declaraciones o respuestas a las preguntas".[239] Señalan además que en los informes del Órgano de Apelación normalmente se hacen públicos los argumentos presentados por los participantes y terceros participantes en sus comunicaciones escritas y los anuncios de apelación y de otras apelaciones se distribuyen siempre como documentos públicos de la serie WT/DS.

99. Los Estados Unidos subrayan también que el párrafo 10 del artículo 17 se debe interpretar y aplicar conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 18 del ESD. A su juicio, hay que interpretar que la

---

[233] *Ibid.*, párrafo 7.
[234] *Ibid.*, párrafo 13.
[235] *Ibid.*, párrafo 15.
[236] *Ibid.*, párrafo 17.
[237] *Ibid.*, párrafo 19.
[238] *Ibid.*, párrafo 20.
[239] *Ibid.*, párrafo 21.

expresión "[n]inguna de las disposiciones del presente Entendimiento", del párrafo 2 del artículo 18, significa "que ni siquiera el párrafo 10 del artículo 17 puede obstaculizar el derecho de una parte a hacer públicas sus posiciones, inclusive las declaraciones formuladas durante una audiencia del Órgano de Apelación".[240] Los Estados Unidos agregan que si los participantes pueden hacer públicas las declaraciones y las respuestas a las preguntas, no hay ningún motivo para que las partes no puedan acordar hacer públicas esas declaraciones y respuestas en el momento en que se expresan.

100. Los Estados Unidos alegan que no están informados de nada en la historia de la negociación del ESD que sugiera que las partes no pueden acordar permitir que el público observe una audiencia del Órgano de Apelación. Tampoco consideran que los *Procedimientos de trabajo* exijan una audiencia cerrada al público. Además, no ven nada en las *Normas de Conducta* que sea un obstáculo para la apertura de la audiencia, porque cuando las partes convienen en hacer sus declaraciones en presencia del público, "no hay ninguna información confidencial que proteger ni ninguna confidencialidad del procedimiento que mantener".[241] Los Estados Unidos aclaran que al acceder a la solicitud de los participantes, el Órgano de Apelación "no estaría prejuzgando"[242] las negociaciones relativas a la revisión del ESD.

101. En respuesta a las observaciones de los terceros participantes, los Estados Unidos se remiten a las Recomendaciones del Comité Preparatorio a la OMC.[243] Afirman que las Recomendaciones indican que el Comité Preparatorio consideró que el párrafo 10 del artículo 17 estaba centrado en las deliberaciones del Órgano de Apelación y en la información confidencial presentada por los participantes en una apelación. Aducen también que los terceros participantes que se oponen a la solicitud de apertura de la audiencia no logran conciliar su interpretación del término "actuaciones" con el hecho de que en los informes del Órgano de Apelación habitualmente se citan y describen las declaraciones formuladas en la audiencia y las respuestas a las preguntas. Además, los Estados Unidos señalan que el párrafo 2 del artículo 18 se refiere a "sus posiciones", que incluyen las respuestas a preguntas formuladas en la audiencia, y no impone ninguna limitación al momento en que esas posiciones se pueden hacer públicas. Por último, los Estados Unidos rechazan el argumento de que el Órgano de Apelación no puede considerar la solicitud de apertura de la audiencia porque en las negociaciones relativas a la revisión del ESD se está examinando la transparencia.

---

[240] *Ibid.*, párrafo 24. (no se reproducen las cursivas)
[241] *Ibid.*, párrafo 26.
[242] *Ibid.*, párrafo 28.
[243] Observaciones de los Estados Unidos sobre las observaciones formuladas por los terceros participantes, párrafos 5 y 6 (donde se hace referencia al Establecimiento del Órgano de Apelación: Recomendaciones del Comité Preparatorio a la OMC aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias el 10 de febrero de 1995 (WT/DSB/1), párrafo 9).

102. Por consiguiente, los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación permita al público observar la audiencia y se refieren a diversas modalidades que se podrían utilizar para tener en cuenta a cualquier tercero participante que deseara mantener la confidencialidad de sus comunicaciones. No obstante, indican que prefieren que el público observe la audiencia mediante un sistema de transmisión simultánea por circuito cerrado.

2. Párrafo 2 a) del artículo 23 y párrafo 5 del artículo 21 del ESD

103. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial constató correctamente que la expresión "recurso a la solución de diferencias" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD no se limita a un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 y que esa disposición no obligaba a los Estados Unidos a iniciar un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento para examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*.

104. Los Estados Unidos consideran que la interpretación del Grupo Especial de la expresión "recurso a la solución de diferencias de conformidad [con el ESD]", que figura en el párrafo 2 a) del artículo 23, en el sentido de que comprende todos los procedimientos previstos en el ESD y no se refiere exclusivamente al procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, era "razonable y estaba bien respaldada"[244] por el texto del ESD. Observan que el párrafo 5 del artículo 21 se refiere a "los presentes procedimientos de solución de diferencias" sin precisar ningún subgrupo determinado de procedimientos previstos en el ESD y, por lo tanto, no excluye ningún aspecto de los procedimientos del ESD.[245] Además, a juicio de los Estados Unidos, la parte reclamante siempre conserva la opción de iniciar un procedimiento ordinario de grupo especial para evitar las limitaciones con respecto al ámbito de las medidas y alegaciones que pueden plantearse en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Por lo tanto, aducen los Estados Unidos, el párrafo 5 del artículo 21 no ofrece apoyo contextual para la afirmación de las Comunidades Europeas de que la expresión "normas y procedimientos del [ESD]" contenida en el párrafo 2 a) del artículo 23 se refiere exclusivamente a un grupo especial que actúe con arreglo a las limitaciones jurisdiccionales y los plazos abreviados establecidos en el párrafo 5 del artículo 21. Los Estados Unidos aducen que, a menos que las Comunidades Europeas estén dando a entender que se negarían a participar en cualquier procedimiento que no fuera un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento iniciado por los Estados Unidos para examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*, no hay razón alguna para suponer que un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21

[244] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 126.
[245] Véase *ibid.*, párrafo 127.

sea la única forma de que los Estados Unidos y las Comunidades Europeas puedan llegar a resolver esta diferencia.

105. Los Estados Unidos discrepan de la interpretación de las Comunidades Europeas de la expresión "se resolverá", que figura en el párrafo 5 del artículo 21, en el sentido de que indica que la resolución "definitiva" sólo puede provenir de un procedimiento de grupo especial. Si así fuera, la presente diferencia se habría resuelto definitivamente en 1998 con la adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*. Los Estados Unidos aducen que la expresión "se resolverá" no debe interpretarse de una manera tan restringida porque el objetivo del ESD es hallar una solución positiva y para lograr este objetivo es preferible una solución mutuamente aceptable. Discrepan también del argumento de las Comunidades Europeas de que la expresión "se resolverá", que figura en el párrafo 5 del artículo 21, exige una decisión de un órgano resolutorio. Por el contrario, el empleo del verbo en forma reflexiva [en pasiva en inglés] deja abierta la cuestión de quién deberá decidir un desacuerdo con arreglo al párrafo 5 del artículo 21, y puede incluir a las partes, un grupo especial ordinario, un árbitro, un mediador u otro facilitador.

106. Los Estados Unidos sostienen que la "experiencia frustrada como parte demandada inicial"[246] de las Comunidades Europeas al entablar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* no lleva a la conclusión de que el ESD no permite ese enfoque. Aducen que las Comunidades Europeas "no pueden pretender las dos cosas": insistiendo, en *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, en el derecho a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 cuando consideraron que "esa vía les sería ventajosa", y sosteniendo ahora que el demandado inicial no puede iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.[247] Además, los Estados Unidos rechazan la alegación de las Comunidades Europeas de que el hecho de que no se adoptara el informe del Grupo Especial sobre el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* significa cierta "práctica ulteriormente seguida"[248], señalando que fueron las propias Comunidades Europeas las que no solicitaron la adopción de ese informe.[249]

107. Por estas razones, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que rechace la alegación de las Comunidades Europeas de que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD obligaba a los Estados Unidos a iniciar un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 para examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con las normas de la OMC. No obstante, los Estados Unidos señalan que el Órgano de Apelación no tiene que examinar las alegaciones de las

[246] *Ibid.*, párrafo 134.
[247] *Ibid.*
[248] *Ibid.*, párrafo 115 (donde se cita el párrafo 3 b) del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (la "*Convención de Viena*")).
[249] *Ibid.*, párrafo 135.

Comunidades Europeas a este respecto si revoca las constataciones del Grupo Especial de que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD, como han solicitado los Estados Unidos en su otra apelación.[250]

3. Párrafo 8 del artículo 22 del ESD

108. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 8 del artículo 22 del ESD al constatar que no exige solamente la supresión *pro forma* de la medida declarada incompatible, sino también el logro del cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD antes de que se deba poner fin a la suspensión de concesiones.

109. Los Estados Unidos alegan que, al reemplazar la Directiva 96/22/CE por la Directiva 2003/74/CE, las Comunidades Europeas simplemente cambiaron los instrumentos jurídicos en que se basa la prohibición de las importaciones y, al hacerlo, no suprimieron la medida incompatible en el sentido de lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 22. Aducen que la expresión "hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" del párrafo 8 del artículo 22 requiere la eliminación de la incompatibilidad con las normas de la OMC, es decir, el cumplimiento real. Los Estados Unidos señalan que el sentido corriente de la palabra "*removed*" ("suprimido") es "*lifted, taken away*" ("levantado, quitado").[251] Explican que resulta difícil comprender cómo se puede decir que se ha quitado una medida incompatible con las normas de la OMC si se establece en su lugar otra equivalente. Aducen además que el contexto que ofrecen otras disposiciones del ESD -a saber, los párrafos 1 y 5 del artículo 21 y los párrafos 1 y 2 del artículo 22- confirman que lo que exige el párrafo 8 del artículo 22 es el cumplimiento real. Estas disposiciones indican que los redactores del ESD "previeron que la suspensión de concesiones y la 'aplicación plena' eran alternativas entre sí".[252] Los Estados Unidos añaden que la interpretación de que el párrafo 8 del artículo 22 exige el cumplimiento real está apoyada también por la finalidad de la suspensión de concesiones, que consiste en inducir al cumplimiento.

110. Los Estados Unidos rechazan el argumento de las Comunidades Europeas de que los artículos 21 y 22 del ESD establecen una "dicotomía básica" entre "la medida declarada incompatible" y las "medidas destinadas a cumplir", aduciendo que las Comunidades Europeas establecen una "distinción artificial" entre la "supresión de una medida" y la "existencia ... o ... la compatibilidad" de

---

[250] *Ibid.*, párrafo 125 (donde se hace referencia a la comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, secciones II y III). Véanse también *infra*, párrafos 188-194.

[251] *Ibid.*, párrafo 102 (donde se cita *The New Shorter Oxford English Dictionary*, cuarta edición, L. Brown (editor) (Clarendon Press, 1993), volumen 2, página 2543).

[252] *Ibid.*, párrafo 103. (no se reproducen las cursivas)

una medida destinada al cumplimiento.[253] Los Estados Unidos hacen hincapié en que el párrafo 7 del artículo 3 del ESD refleja el objeto y fin del ESD. El párrafo 7 del artículo 3 del ESD dispone que "el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate", y esto, según los Estados Unidos, se refiere "no a ... una mera derogación de una medida que es reemplazada por otra, sino ... a la eliminación efectiva de la medida, que logra el cumplimiento".[254] Según los Estados Unidos, la supresión de una medida incompatible, junto con la adopción de una medida que socava esa supresión, da como resultado a la inexistencia de una medida destinada a cumplir.

111. Además, los Estados Unidos discrepan del argumento de las Comunidades Europeas de que el párrafo 8 del artículo 22 exige que se ponga fin a la suspensión de concesiones "en presencia de una medida de aplicación" que todavía no ha sido declarada incompatible con las normas de la OMC mediante un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.[255] Los Estados Unidos sostienen que este argumento no está avalado por el párrafo 8 del artículo 22, que no dice que la suspensión de concesiones sólo se aplicará "hasta que se haya *alegado* que se ha suprimido la medida declarada incompatible".[256] Rechazan también el argumento de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial, al constatar que la Directiva 96/22/CE fue reemplazada por la Directiva 2003/74/CE, no tuvo en cuenta que la Directiva 96/22/CE dejó de existir tras la adopción de la Directiva 2003/74/CE y que esta última contiene cambios en la justificación de las restricciones a la importación impuestas por la primera. Según los Estados Unidos, el enfoque del Grupo Especial fue compatible con el trato que dio el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* a la Directiva 96/22/CE, como medida que sustituyó a las Directivas anteriores que habían "dejado de existir" cuando fueron reemplazadas por la Directiva 96/22/CE, a pesar de las modificaciones que introdujo esa Directiva en las restricciones a la importación impuestas por las Directivas anteriores.[257]

112. Además, los Estados Unidos alegan que la lógica de las Comunidades Europeas, según la cual el reclamante inicial debe poner fin a la suspensión de concesiones e iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 cuando el demandado inicial alega que hubo cumplimiento, llevará a

---

[253] *Ibid.*, párrafo 104 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 136 a 142).

[254] *Ibid.*, párrafo 106. (no se reproducen las cursivas)

[255] *Ibid.*, párrafo 114 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 98). En cuanto al argumento de las Comunidades Europeas de que habían suspendido las medidas de retorsión durante el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *Estados Unidos - EVE*, los Estados Unidos sostienen que las Comunidades Europeas siguen suspendiendo concesiones en el asunto *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)* sin iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, pese a que los Estados Unidos han notificado al OSD la derogación de la Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las suspensiones de 2000. (*Ibid.*)

[256] *Ibid.*, párrafo 115. (las cursivas figuran en el original)

[257] *Ibid.*, párrafo 111.

"un resultado extraño y absurdo".[258] Si el grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 llega a la conclusión de que no se ha logrado el cumplimiento, no hay ni un plazo prudencial renovado ni otra oportunidad para solicitar autorización para la suspensión de concesiones.

113. Basándose en lo anteriormente expuesto, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que rechace la apelación de las Comunidades Europeas contra las constataciones del Grupo Especial en el sentido de que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD exige que se logre el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD antes de que deba ponerse fin a la aplicación de la suspensión de concesiones.

4. El mandato del Grupo Especial

114. Los Estados Unidos no están de acuerdo con la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se excedió de su mandato al asumir las facultades de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21.

115. Los Estados Unidos observan que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, el mandato de un grupo especial comprende el asunto que se le haya sometido en la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Señalan que, en su solicitud de establecimiento del grupo especial, las Comunidades Europeas pidieron específicamente al Grupo Especial que examinara su reclamación con miras a constatar que los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Por esta razón, el párrafo 8 del artículo 22 estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial y éste podía elaborar su propio razonamiento jurídico al examinar las alegaciones planteadas por las Comunidades Europeas respecto de dicho párrafo.

116. A juicio de los Estados Unidos, la constatación del Grupo Especial de que las alegaciones presentadas por las Comunidades Europeas respecto del párrafo 8 del artículo 22 partían de la base del cumplimiento real del *Acuerdo MSF* por la Directiva 2003/74/CE se basó en una interpretación correcta del párrafo 8 del artículo 22 y estuvo apoyada por el texto, el contexto y el objeto y fin del ESD. Además, los Estados Unidos rechazan por "improcedente" la referencia que hacen las Comunidades Europeas al informe del Grupo Especial en el asunto *CE - Sardinas*, señalando que, a diferencia de lo sucedido en el presente asunto, el haber seguido el orden del análisis solicitado por el reclamante en esa diferencia no dio lugar a un error de derecho.[259]

---

[258] *Ibid.*, párrafo 117.

[259] *Ibid.*, párrafo 122 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 68, en el que a su vez se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Sardinas*, párrafos 7.17 y 7.18).

117. En consecuencia, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que rechace la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se excedió del mandato que le correspondía en virtud del artículo 7 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial en realidad limitó indebidamente su mandato basándose en la forma en que las Comunidades Europeas presentaron sus alegaciones.[260]

5. La sugerencia del Grupo Especial con respecto a la aplicación

118. Los Estados Unidos afirman que el Órgano de Apelación no debería acceder a la petición de las Comunidades Europeas de mejorar la sugerencia del Grupo Especial con respecto a la aplicación. Los Estados Unidos discrepan del argumento de las Comunidades Europeas de que "las sugerencias del Grupo Especial requieren que los Estados Unidos supriman la suspensión de concesiones e inicien y concluyan un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento conforme al párrafo 5 del artículo 21".[261] Subrayan que, por el contrario, el Grupo Especial se abstuvo de sugerir que los Estados Unidos pusieran fin a la suspensión de concesiones a pesar de haber constatado que los Estados Unidos habían cometido infracciones de carácter procesal en virtud de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD. Los Estados Unidos consideran que una sugerencia sobre la aplicación es "inadecuada"[262], porque corresponde al Miembro de la OMC decidir las medidas necesarias para ponerse en conformidad. Además, los Estados Unidos aducen que el Órgano de Apelación debería rechazar la petición de las Comunidades Europeas de que mejore la sugerencia del Grupo Especial, porque mejorar las sugerencias de los grupos especiales no está comprendido en el mandato del Órgano de Apelación, que está circunscrito por los párrafos 6 y 13 del artículo 17 del ESD. Observan que, en todo caso, el Órgano de Apelación no tendría que ocuparse de esta cuestión si revocara las constataciones del Grupo Especial de infracciones de carácter procesal con arreglo a los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD, como han solicitado los Estados Unidos en su otra apelación.

6. La selección de expertos realizada por el Grupo Especial

119. Los Estados Unidos aducen que las Comunidades Europeas están "[r]eciclando otra de las impugnaciones fallidas de su apelación en el asunto *CE - Hormonas*"[263] al objetar en su apelación el proceso de selección de expertos. Explican que, en el asunto *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación no criticó al Grupo Especial porque había mantenido consultas con las partes en lo que respecta a la

[260] Véase también *infra*, párrafo 196.
[261] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 136. (no se reproduce la nota de pie de página)
[262] *Ibid.*, párrafo 139.
[263] *Ibid.*, párrafo 83.

selección de expertos. Los Estados Unidos describen las medidas que adoptó el Grupo Especial en el presente asunto para consultar a las partes sobre la selección de expertos y llegan a la conclusión de que la conducta del Grupo Especial en la selección de expertos fue transparente y consultiva, dando a las partes aviso y oportunidades para responder, expresar sus preocupaciones y ser oídas antes de adoptar sus decisiones. Además, los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial "obtuvo de todos los expertos, inclusive del Dr. Boisseau, información por la que se revelaban hechos".[264]

120. Los Estados Unidos, destacando la afirmación de las Comunidades Europeas de que el criterio jurídico pertinente era "probabilidad o dudas justificables" en cuanto a la independencia o imparcialidad de un experto, aducen que "[l]o cierto es que se facilitó al Grupo Especial y a las partes información completa de las afiliaciones profesionales e intereses financieros de los expertos" y "el expediente demuestra que el Grupo Especial tuvo en cuenta las preocupaciones [de las Comunidades Europeas] al concluir que los dos expertos en cuestión no estaban descalificados para intervenir".[265]

121. Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas no presentan ningún fundamento en apoyo de las alegaciones relativas a las debidas garantías procesales, aduciendo que citaron nada más "que la declaración más general" del Órgano de Apelación en *Tailandia - Vigas doble T* y una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "reciclada de su impugnación contra el proceso de selección de expertos del Grupo Especial en *CE - Hormonas*".[266] A juicio de los Estados Unidos, ninguna de esas citas avala la alegación de las Comunidades Europeas. Por último, en la medida en que las Comunidades Europeas alegan una infracción del artículo 11 del ESD, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial actuó dentro de los debidos límites de sus facultades en tanto instancia a la que corresponde la apreciación de los hechos.

122. En consecuencia, los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que rechace la alegación de las Comunidades Europeas de que, al seleccionar a los Dres. Boisseau y Boobis, el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el principio del debido proceso, las prescripciones de las *Normas de Conducta* y las obligaciones que le impone el artículo 11 del ESD, y que rechace la petición de que revoque las constataciones del Grupo Especial que se basaron en el asesoramiento de estos dos expertos.

---

[264] *Ibid.*, párrafo 86. (no se reproduce la nota de pie de página)
[265] *Ibid.*, párrafos 87 y 88.
[266] *Ibid.*, párrafo 89.

7. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

123. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial constató correctamente que la prohibición permanente de las Comunidades Europeas aplicada a la carne y los productos cárnicos de ganado bovino tratado con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento no se basó en una evaluación del riesgo a tenor del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que desestime la apelación de las Comunidades Europeas por las razones siguientes.

124. Los Estados Unidos rechazan el argumento de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error al excluir, *a priori*, las pruebas de las Comunidades Europeas relativas al abuso y uso indebido en la administración de estradiol-17β. Los Estados Unidos consideran que la "esencia"[267] del argumento de las Comunidades Europeas es que, dado que algún día puede producirse abuso y uso indebido en la administración de estradiol-17β, está justificado que las Comunidades Europeas prohíban por completo ese producto. En contra de lo que sostienen las Comunidades Europeas, el Grupo Especial "valoró plenamente"[268] la importancia de la afirmación de las Comunidades Europeas de que el abuso y uso indebido en la administración de estradiol-17β puede aumentar los riesgos identificados en relación con esta sustancia. No obstante, el Grupo Especial consideró con razón que los riesgos adicionales derivados del abuso y uso indebido sólo serían pertinentes para su análisis de si las Comunidades Europeas hubieran conseguido demostrar que del consumo por las personas de residuos de estradiol-17β en la carne se derivaba un riesgo específico. Por lo tanto, los Estados Unidos afirman que, en consonancia con las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, el Grupo Especial no excluyó *a priori* del ámbito de aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* el abuso y uso indebidos. El Grupo Especial admitió el hecho de que las Comunidades Europeas habían tenido en cuenta esos factores, reconoció que esos factores no eran pertinentes a la investigación inicial con respecto a si se había identificado un riesgo específico y dio una explicación detallada de su razonamiento.

125. Los Estados Unidos sostienen además que el Grupo Especial afirmó con razón que las Comunidades Europeas no habían evaluado específicamente los riesgos derivados del consumo de carne y productos cárnicos que contienen residuos de estradiol-17β como consecuencia de haberse tratado al ganado con hormonas para estimular el crecimiento. El examen que hizo el Grupo Especial de la cuestión de si las Comunidades Europeas habían demostrado la posibilidad de que se produjeran efectos perjudiciales derivados específicamente de la presencia de residuos de hormonas en la carne

[267] *Ibid.*, párrafo 53.
[268] *Ibid.*, párrafo 54 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 319 y 331).

se basó en un "minucioso estudio del historial"[269] de la interpretación que dio el Órgano de Apelación a la expresión "evaluación del riesgo" contenida en el párrafo 1 del artículo 5 y definida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos rechazan la aseveración de las Comunidades Europeas de que la formulación por el Grupo Especial del criterio de "especificidad" obligaría a demostrar que se han producido efectos reales en las personas. No es así porque es posible realizar pruebas en animales de laboratorio y extrapolar los resultados a los seres humanos, y las Comunidades Europeas reconocen que otros países han encontrado la forma de evaluar la posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales derivados del consumo por las personas de residuos de hormonas en la carne realizando pruebas en animales de laboratorio. Los Estados Unidos sostienen también que "la declaración de un experto, separada del resto de las pruebas del expediente", no basta para demostrar que las Comunidades Europeas han evaluado el riesgo específico derivado de la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne.[270] En cambio, las pruebas del expediente avalaban la conclusión del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas habían identificado únicamente "riesgos generales"[271] y no habían abordado el riesgo específico, como exige el *Acuerdo MSF*, es decir, la "posibilidad de que esos efectos adversos se produzcan o se originen por el, o resulten del, consumo de carne o productos cárnicos que contienen residuos veterinarios de estradiol-17β como consecuencia del tratamiento del ganado con la hormona con fines de estimulación del crecimiento".[272] La constatación del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas no habían demostrado la especificidad que se exige de una evaluación del riesgo fue resultado de un proceso analítico que se fundamentó correctamente en los preceptos de la investigación científica y en informes anteriores del Órgano de Apelación.

126. Además, los Estados Unidos refutan el argumento de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial exigió la cuantificación de los riesgos al centrar su investigación en la cuestión de si las Comunidades Europeas habían demostrado la "posible aparición de estos efectos perjudiciales".[273] Según los Estados Unidos, el Grupo Especial no excluyó que una evaluación cualitativa del riesgo pudiera ser suficiente a efectos del párrafo 1 del artículo 5. En cambio, la referencia del Grupo Especial a la "posible aparición" de riesgos se centró en si la evaluación del riesgo realizada por las

[269] *Ibid.*, párrafo 57.

[270] *Ibid.*, párrafo 60 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 342, donde a su vez se hace referencia a la respuesta del Dr. Guttenplan a la pregunta 13 formulada por el Grupo Especial a los expertos científicos, informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.523; e informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.495).

[271] *Ibid.*, párrafo 61.

[272] *Ibid.*, párrafo 65 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 344, en el que a su vez se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.537 (no se reproducen las cursivas de las Comunidades Europeas)).

[273] *Ibid.*, párrafo 62 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.521).

Comunidades Europeas era "lo suficientemente específic[a] con respecto al asunto de que se trata".[274] Los Estados Unidos afirman que la constatación del Grupo Especial de que la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas no tuvo la especificidad exigida es una constatación de hecho, que las Comunidades Europeas no pueden alterar alegando que el Grupo Especial impuso algún tipo de "requisito de cuantificación".[275]

127. Los Estados Unidos aducen además que el Grupo Especial no incurrió en error al asignar la carga de la prueba de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial señaló correctamente que "una de las particularidades de este caso"[276] era que la alegación de las Comunidades Europeas fundada en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD se basaba en la afirmación de las Comunidades de que al adoptar la Directiva 2003/74/CE habían puesto su medida en conformidad con el *Acuerdo MSF*. Por esta razón, y teniendo en cuenta la preocupación de las Comunidades Europeas de que no se les debía exigir "demostrar algo negativo", el Grupo Especial tenía motivos para asignar a las Comunidades Europeas la carga de establecer una presunción de conformidad con el *Acuerdo MSF*, inclusive con el párrafo 1 del artículo 5 de ese Acuerdo. Una vez que el Grupo Especial constató que las Comunidades Europeas habían establecido esa presunción, la carga de la prueba se desplazó a los Estados Unidos. A continuación el Grupo Especial constató correctamente que los Estados Unidos habían refutado la presunción de conformidad establecida por las Comunidades Europeas mediante pruebas positivas de infracción del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos están de acuerdo con la constatación del Grupo Especial de que, habida cuenta de las "particularidades"[277] de la alegación de las Comunidades Europeas fundada en el párrafo 8 del artículo 22, "la carga se desplazó repetidamente de una parte a la otra, y en última instancia ambas se 'neutralizaron', dado que cada parte presentó también pruebas en apoyo de sus alegaciones".[278] Los Estados Unidos coinciden además con el enfoque del Grupo Especial de que al examinar si se había demostrado una alegación "valorar[ía] todas las pruebas que tenía ante sí".[279] Al hacerlo, el Grupo Especial no dijo ni consideró que había impuesto la carga de la prueba a las Comunidades Europeas.

128. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial no dejó de hacer una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD, al llegar a su constatación de que la prohibición

---

[274] *Ibid.*, párrafo 64 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200).
[275] *Ibid.*, párrafo 66.
[276] *Ibid.*, párrafo 93 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.384).
[277] *Ibid.*, párrafo 94.
[278] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386).
[279] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386). (no se reproducen las cursivas)

permanente de las Comunidades Europeas con respecto al estradiol-17β no se basó en una evaluación del riesgo a tenor del párrafo 1 del artículo 5. Según los Estados Unidos, la norma de "razonabilidad"[280] más deferente que, según las Comunidades Europeas, debería aplicarse a "medidas adoptadas por los gobiernos u organismos especializados en asuntos sumamente complejos o técnicos"[281] no tiene apoyo en el texto del *Acuerdo MSF*. Este Acuerdo "no prescribe una norma de examen en particular ni incluye disposiciones específicas que regulen el examen por un grupo especial de una determinación o examen realizado por una autoridad nacional".[282] Además, los Estados Unidos recuerdan que el Órgano de Apelación rechazó el intento de las Comunidades Europeas de introducir una "norma de 'razonabilidad' deferente" en el asunto *CE - Hormonas*, constatando que "[l]a adopción de una norma de examen que no se base claramente en el texto del *Acuerdo MSF* mismo, puede conducir fácilmente a una alteración del equilibrio sutilmente establecido" entre la competencia jurisdiccional conferida por los Miembros de la OMC y la competencia jurisdiccional que los Miembros se han reservado para ellos.[283]

129. Los Estados Unidos rechazan además el argumento de las Comunidades Europeas de que los grupos especiales deben aplicar de forma diferente la "norma de examen generalmente aplicable"[284], según la disposición específica del *Acuerdo MSF* que se esté aplicando a los hechos. Recuerdan la norma de examen propuesta por las Comunidades Europeas en el caso de una alegación planteada en virtud del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, según la cual un grupo especial debe tomar en consideración la evaluación del riesgo realizada por un Miembro "si las pruebas presentadas al grupo especial ofrecen al menos una serie de conclusiones científicamente plausibles conforme a las cuales puede producirse un efecto perjudicial".[285] A juicio de los Estados Unidos, la formulación de las Comunidades Europeas no tiene apoyo en los Acuerdos abarcados y "amalgama el concepto de 'norma de examen' y la aplicación de la ley a los hechos".[286] Basándose en esto, los Estados Unidos sostienen que las normas de examen propuestas por las Comunidades Europeas "son productos de su [propia] confusión del deseo con la realidad y no tienen ningún apoyo en el ESD, el *Acuerdo MSF* ni en las constataciones del Órgano de Apelación".[287]

---

[280] *Ibid.*, párrafo 36 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 223).
[281] *Ibid.*, párrafo 37 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 223).
[282] *Ibid.*, párrafo 34 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 114 a 116).
[283] *Ibid.*, párrafo 37 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 115).
[284] *Ibid.*, párrafo 38.
[285] *Ibid.*, párrafo 38 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 229).
[286] *Ibid.*, párrafo 39.
[287] *Ibid.*

130. Los Estados Unidos observan que el Órgano de Apelación ha sostenido sistemáticamente que la norma de examen que deben aplicar los grupos especiales a la constatación de los hechos en las diferencias relativas a medidas sanitarias y fitosanitarias "no es un examen *de novo* propiamente dicho, ni la 'deferencia total', sino más bien 'una evaluación objetiva de los hechos'".[288] Los Estados Unidos hacen hincapié en que se considerará que un grupo especial no ha hecho una evaluación objetiva cuando "desestime deliberadamente" las pruebas que se le han presentado, "se niegue a examinarlas", o las "distorsione o tergiverse deliberadamente".[289] Esto supone "no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un 'error monumental que pone en duda la buena fe del grupo especial'".[290] Además, los grupos especiales "gozan de un 'margen de discrecionalidad' como juzgadores de hecho" y "no están obligados a atribuir a las pruebas fácticas presentadas por las partes el mismo sentido y peso que éstas" y están facultados "para determinar que debía atribuirse más peso a ciertos elementos de las pruebas que a otros".[291]

131. Los Estados Unidos rechazan el argumento de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se excedió de los límites de las facultades discrecionales que le corresponden en virtud del artículo 11 en su apreciación de las pruebas. La declaración del Grupo Especial de que "su situación e[ra] similar"[292] a la de un evaluador del riesgo no avala la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial realizó inadmisiblemente un examen *de novo*. Antes bien, el Grupo Especial consideró que se encontraba en una situación "similar" a la de un evaluador del riesgo en tanto podía beneficiarse de una amplia gama de expertos científicos para obtener un panorama completo de las opiniones científicas predominantes y las discrepantes.[293] Los Estados Unidos descartan también la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se excedió de los límites de sus facultades discrecionales al decidir basarse en las opiniones expresadas por la "mayoría de los expertos", o en las "más específicas" o que "tenían más apoyo".[294] Afirman que el juicio del Grupo Especial al evaluar las pruebas fue "parte de la obligación del Grupo Especial de hacer una evaluación objetiva de los hechos".[295] Además, no era realista que el Grupo Especial pudiera haberse referido a todas las declaraciones realizadas por los expertos que le asesoraban y debería haber tenido un margen considerable de discrecionalidad en cuanto a las declaraciones a las que se refería explícitamente.

[288] *Ibid.*, párrafo 40 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 117).
[289] *Ibid.*, párrafo 41 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133).
[290] *Ibid.*
[291] *Ibid.*, párrafo 42 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 221, en el que a su vez se citan el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 161; y el informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 267).
[292] *Ibid.*, párrafo 44 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.418).
[293] *Ibid.*, párrafo 44.
[294] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.420; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.411.
[295] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 47.

Los Estados Unidos sostienen que las constataciones del Grupo Especial en relación con: i) la exposición a hormonas procedentes de múltiples fuentes; ii) la genotoxicidad del estradiol-17β; iii) la especificidad de la evaluación del riesgo; y iv) la función del abuso y uso indebidos de hormonas como factores en una evaluación del riesgo estaban todas ellas comprendidas en sus facultades como instancia que decide sobre los hechos y, por lo tanto, deberían ser confirmadas por el Órgano de Apelación.

132. Los Estados Unidos sostienen además que las impugnaciones de las Comunidades Europeas presentadas en el marco del artículo 11 del ESD contra las constataciones de hecho del Grupo Especial parecen ser alegaciones de que el Grupo Especial infringió el párrafo 7 del artículo 12 del ESD al no haber expuesto las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basaron sus constataciones. No obstante, las Comunidades Europeas no han presentado en apelación esa alegación de error al amparo del párrafo 7 del artículo 12. Por esta razón, en la medida en que correspondía que las impugnaciones presentadas por las Comunidades Europeas al amparo del artículo 11 se hubiesen presentado al amparo del párrafo 7 del artículo 12, esas alegaciones deberían ser desestimadas por no estar debidamente sometidas al examen del Órgano de Apelación.

133. Los Estados Unidos llegan a la conclusión de que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que la Directiva 2003/74/CE es incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y piden al Órgano de Apelación que desestime la apelación de las Comunidades Europeas con respecto a las constataciones del Grupo Especial.

8. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

134. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial constató correctamente que los testimonios científicos pertinentes sobre las cinco hormonas sujetas a la prohibición provisional no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos piden al Órgano de Apelación que rechace este fundamento de la apelación de las Comunidades Europeas por las razones siguientes.

135. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 7 del artículo 5, teniendo en cuenta el contexto que ofrecen los párrafos 2 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. Los Estados Unidos recuerdan que, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, se considerará que una medida que esté en conformidad con una norma internacional es compatible con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF*. Por lo tanto, el Grupo Especial tuvo razón al constatar que la existencia de normas internacionales demostraba que había habido

testimonios científicos suficientes para realizar una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5. De hecho, no tendría sentido que el *Acuerdo MSF* exija que una medida que esté en conformidad con una norma internacional sea considerada compatible con el párrafo 1 del artículo 5 si la norma internacional no está basada en una evaluación adecuada del riesgo. De cualquier modo, los Estados Unidos acusan a las Comunidades Europeas de no haber tenido en cuenta que "*en este caso*, las normas internacionales relativas a las hormonas en cuestión están indudablemente respaldadas por evaluaciones adecuadas del riesgo".[296]

136. Los Estados Unidos sostienen además que el nivel deseado de protección sanitaria y fitosanitaria de las Comunidades Europeas no era pertinente para la determinación del Grupo Especial de si los testimonios científicos eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. En primer lugar, los Estados Unidos sostienen que las Comunidades Europeas no habían demostrado que su nivel adecuado de protección fuera distinto del nivel de protección que las normas del Codex están encaminadas a lograr. En segundo lugar, los Estados Unidos señalan que la evaluación del riesgo es un proceso científico destinado a identificar si existe algún riesgo y quienes evalúan el riesgo "no tienen que tener presente un determinado nivel de protección al realizar la evaluación del riesgo".[297] Por lo tanto, la cuestión de si los testimonios científicos pertinentes son "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 es un asunto completamente distinto "del nivel adecuado de protección [sanitaria y fitosanitaria]"[298] que un Miembro decide establecer. Además, los Estados Unidos consideran extraordinaria la declaración de las Comunidades Europeas de que la "[c]iencia trata fundamentalmente de la medición de hechos pasados y de la formulación de hipótesis relativas al futuro, inclusive estableciendo supuestos de riesgos futuros".[299] Los Estados Unidos aducen que esta declaración pone de manifiesto el "malentendido fundamental respecto de la ciencia" que tienen las Comunidades Europeas, porque el método científico consiste en "poner a prueba rigurosamente una hipótesis a través de la experimentación y no en 'medir hechos pasados' o 'formular hipótesis respecto del futuro'".[300]

137. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que debe haber una "*masa crítica* de nuevos testimonios" para que testimonios científicos que antes eran suficientes pasen a ser "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. Observan que el Grupo Especial no impuso un requisito cuantitativo al referirse a la "masa crítica" de nuevos testimonios. En cambio, el Grupo Especial utilizó esta expresión para referirse a "una situación en la

[296] *Ibid.*, párrafo 70. (las cursivas figuran en el original)
[297] *Ibid.*, párrafo 72.
[298] *Ibid.*, párrafo 73.
[299] *Ibid.*, párrafo 74 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 398).
[300] *Ibid.*, párrafo 74.

que los testimonios resultan suficientes cuantitativa y cualitativamente para poner en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores", de tal manera que la nueva información científica esté "*en el origen* de un cambio en la forma de entender una cuestión científica".[301] Los Estados Unidos señalan que las cinco hormonas sujetas a la prohibición provisional habían sido intensamente estudiadas durante décadas y que las normas internacionales correspondientes a cuatro de ellas existían desde hacía más de 20 años. Recuerdan además que en *CE - Hormonas*, las Comunidades Europeas adujeron que los testimonios científicos referentes a las cinco mismas hormonas habían sido "suficientes por sí mismos para justificar la legislación comunitaria, y las Comunidades Europeas no [habían] necesita[do] apoyarse en la excepción prevista en el párrafo 7 del artículo 5 sobre los casos en que los testimonios científicos pertinentes fueran insuficientes".[302] En estas circunstancias, fue "adecuado" que el Grupo Especial se centrara en la cuestión de "si los testimonios científicos pertinentes habían *pasado* a ser insuficientes".[303] Los Estados Unidos agregan que había "numerosas" pruebas en el expediente que demuestran que los testimonios científicos pertinentes "[eran] y siguen siendo suficientes" para hacer una evaluación del riesgo en el caso de las cinco hormonas.[304]

138. Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial asignó correctamente la carga de la prueba en el análisis que hizo en virtud del párrafo 7 del artículo 5. Como sostienen con respecto al párrafo 1 del artículo 5[305], los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial señaló con razón que "una de las particularidades de este caso"[306] era que la alegación de las Comunidades Europeas fundada en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD se basaba en su afirmación de que con la adopción de la Directiva 2003/74/CE habían puesto su medida en conformidad con el *Acuerdo MSF*. Por esta razón, y teniendo en cuenta la preocupación de las Comunidades Europeas de que no se les debía exigir "demostrar algo negativo", el Grupo Especial actuó correctamente al asignar a las Comunidades Europeas la carga de establecer una presunción de conformidad con el *Acuerdo MSF*, inclusive con el párrafo 7 del artículo 5 de ese Acuerdo. Los Estados Unidos coinciden con el Grupo Especial en que "la carga se desplazó repetidamente de una parte a la otra, y en última instancia ambas se

[301] *Ibid.*, párrafo 78 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.141). (no se reproducen las cursivas)
[302] *Ibid.*, párrafo 80 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Hormonas (Estados Unidos)*, párrafo 4.239).
[303] *Ibid.*, párrafo 80. (las cursivas figuran en el original)
[304] *Ibid.*, párrafo 81.
[305] Véase *supra*, párrafo 127.
[306] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 93 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.384); y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.381).

'neutralizaron', dado que cada parte presentó también pruebas en apoyo de sus alegaciones".[307] Los Estados Unidos coinciden además con el enfoque del Grupo Especial de que al examinar si se había demostrado una alegación procedería a "valorar todas las pruebas que tenía ante sí".[308] Además, señalan que "el Grupo Especial no dijo ni consideró que había impuesto la carga de la prueba a las [Comunidades Europeas]".[309] En consecuencia, los Estados Unidos rechazan como "especulación"[310] la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial consideró que el párrafo 7 del artículo 5 era una excepción al párrafo 1 de ese artículo.

139. Por último, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial no dejó de hacer una evaluación objetiva de los hecho, como exige el artículo 11 del ESD, al llegar a sus constataciones con respecto al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Como se ha indicado previamente[311], los Estados Unidos sostienen que el "enfoque de razonabilidad"[312] que, según las Comunidades Europeas, debería aplicarse a "medidas adoptadas por los gobiernos u organismos especializados en asuntos sumamente complejos o técnicos"[313] no tiene apoyo en el texto del *Acuerdo MSF*. Además, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial no realizó un examen *de novo* y, en cambio, actuó dentro de los límites de sus facultades discrecionales al atribuir a los distintos elementos de prueba un peso e importancia diferentes de los que les atribuyen las Comunidades Europeas.[314] En lo que respecta a determinadas declaraciones efectuadas por expertos acerca de la "suficiencia" de los testimonios científicos pertinentes en que se basan las Comunidades Europeas, los Estados Unidos afirman que todas estas declaraciones "se hicieron al terminar la reunión del Grupo Especial con los expertos, cuando se dio a éstos la oportunidad de formular declaraciones generales y a modo de conclusión sobre los dos días anteriores".[315] Según los Estados Unidos, no se ordenó a los expertos que limitaran sus declaraciones a determinadas hormonas y, de hecho, las declaraciones de los expertos que citan las Comunidades Europeas, o se referían explícitamente al estradiol-17β o no precisaban a cuál de las

[307] *Ibid.*, párrafo 94 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386).

[308] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.383). (no se reproducen las cursivas)

[309] *Ibid.*, párrafo 96.

[310] *Ibid.*

[311] Véase *supra*, párrafo 128.

[312] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 37 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 223).

[313] *Ibid.* (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 223).

[314] Véanse *supra*, párrafos 130 y 131.

[315] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 81.

hormonas se referían esas declaraciones.[316] Los Estados Unidos reiteran que "había numerosas pruebas en el expediente que demuestran que los testimonios científicos pertinentes"[317] siguen siendo suficientes para hacer una evaluación del riesgo en el caso de estas cinco hormonas, entre las que figuran las declaraciones de los expertos reconociendo que los datos eran suficientes para hacer evaluaciones del riesgo en el caso de las cinco hormonas sujetas a la prohibición provisional. Por esta razón, los Estados Unidos llegan a la conclusión de que el examen del Grupo Especial de si había una "'masa crítica de nuevos testimonios' fue correcto y estuvo bien fundado".[318] Por último, los Estados Unidos sostienen que, en la medida en que correspondía que las impugnaciones presentadas por las Comunidades Europeas al amparo del artículo 11 del ESD se hubiesen presentado al amparo del [párrafo 7 del artículo 12 del ESD], esas alegaciones deberían ser desestimadas por no estar debidamente sometidas al examen del Órgano de Apelación".[319]

140. Los Estados Unidos llegan a la conclusión de que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que la Directiva 2003/74/CE es incompatible con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y piden al Órgano de Apelación que desestime la apelación de las Comunidades Europeas con respecto a las constataciones del Grupo Especial.

C. *Argumentos del Canadá - Apelado*

1. Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público

141. El Canadá pide al Órgano de Apelación que abra la audiencia al público en este procedimiento. Observa que "puede parecer" que la primera frase del párrafo 10 del artículo 17, "leída fuera de contexto", "requiere que las audiencias ante el Órgano de Apelación tengan lugar a puerta cerrada".[320] Aduce, sin embargo, que cuando los términos fundamentales de la frase -"actuaciones" y "carácter confidencial"- se interpretan debidamente de conformidad con las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados, en el contexto de todo el ESD, y en particular en el del propio artículo 17, se observa que la frase no tiene, ni se quiso que tuviera, la finalidad de prohibir las audiencias públicas.

---

[316] *Ibid.* (donde se hace referencia a las declaraciones de los Dres. Sippell, Guttenplan, Cogliano y Boisseau, citadas en la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 422, 423, 424 y 425, respectivamente).

[317] *Ibid.* (donde se hace referencia a las observaciones formuladas por los Estados Unidos sobre las respuestas de los expertos científicos, el Codex, el JECFA y el CIIC a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo F, párrafos 47 y 48).

[318] *Ibid.*, párrafo 82.

[319] *Ibid.*, párrafo 49.

[320] Solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por el Canadá, párrafo 4.

142. Según la comunicación del Canadá, el término "actuaciones" que figura en el párrafo 10 del artículo 17 "abarca todo el proceso de apelación".[321] Por lo que respecta a la expresión "carácter confidencial", el Canadá afirma que un examen del contexto del párrafo 10 del artículo 17 y de la práctica de la OMC en el ámbito de la solución de diferencias demuestra que esa disposición no requiere que todo el proceso de apelación deba permanecer estrictamente secreto y desconocido por el público. El Canadá añade que si el párrafo 10 del artículo 17 requiriese confidencialidad total, todas las etapas de una apelación, entre ellas el anuncio de apelación inicial y el informe definitivo del Órgano de Apelación, tendrían que quedar excluidas del conocimiento público. Sin embargo, esos dos documentos se hacen públicos cuando se distribuyen. Además, los informes del Órgano de Apelación, que son públicos, incluyen resúmenes de las comunicaciones escritas de los participantes y hacen referencias a los argumentos formulados por los participantes durante la audiencia. El Canadá concluye, por consiguiente, que en la práctica muchos aspectos de las actuaciones del Órgano de Apelación durante la "parte sustantiva"[322] del proceso de apelación se revelan al público y no están sujetos a la prescripción de confidencialidad del párrafo 10 del artículo 17.

143. El Canadá señala también el párrafo 2 del artículo 18 del ESD, que "permite a las partes hacer públicas sus posiciones".[323] Afirma que "como reconoció el Grupo Especial, las tres partes, al presentar una solicitud unánime de apertura de la audiencia al público en estas dos apelaciones paralelas, se apoyan en su derecho, enunciado en ... el párrafo 2 del artículo 18, de hacer públicos sus argumentos orales".[324] El Canadá añade que el párrafo 2 del artículo 18 no establece un medio específico para hacer públicos los argumentos de una parte, y que, por consiguiente, no importa si ese derecho se ejerce después de la audiencia o al mismo tiempo que ésta.

144. El Canadá sostiene que las *Normas de Conducta* "no constituyen un obstáculo"[325] para que el Órgano de Apelación celebre audiencias abiertas al público. Considera, además, que con arreglo al párrafo 1 de la Regla 16 de los *Procedimientos de trabajo*, "el Órgano de Apelación está libremente facultado ... para responder favorablemente a la solicitud unánime de las tres partes en la apelación en el presente caso y abrir al público la audiencia oral".[326]

145. El Canadá afirma además que las audiencias abiertas al público contribuyen de manera importante a la legitimidad y la percepción de la legitimidad del sistema de solución de diferencias de la OMC. Advierte que "la legitimidad del sistema de solución de diferencias de la OMC se debilitaría

[321] *Ibid.*, párrafo 5.
[322] *Ibid.*, párrafo 7.
[323] *Ibid.*, párrafo 9.
[324] *Ibid.*, párrafo 14.
[325] *Ibid.*, párrafo 15.
[326] *Ibid.*, párrafo 19.

si la audiencia fuera cerrada al público al nivel de la apelación cuando en la etapa de los grupos especiales las audiencias fueron abiertas".[327]

146. En respuesta a las observaciones de los terceros participantes, el Canadá afirma que aquellos que se oponen a la solicitud de apertura de la audiencia al público tratan de sacar el término "actuaciones" de su contexto y no tienen para nada en cuenta el sentido de la expresión "carácter confidencial".[328] Observa asimismo que como las partes, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 18, tienen derecho a divulgar sus comunicaciones escritas, declaraciones orales y respuestas a las preguntas, "sería absurdo constatar que cuando esas partes acuerdan que desean presentar sus posiciones en una audiencia en apelación abierta al público, no puedan hacerlo".[329] El Canadá se opone también al argumento de que la decisión del Órgano de Apelación sobre esta cuestión prejuzgaría el resultado de las negociaciones en el marco del examen del ESD. Ese argumento, según el Canadá, interpreta indebidamente la naturaleza y el alcance de la solicitud de los participantes, porque éstos no están pidiendo al Órgano de Apelación que decida que todas las audiencias en apelación se abran al público. El Canadá observa, además, que el argumento se basa en la falsa idea de que "cada vez que una cuestión sometida al procedimiento de solución de diferencias sea o pueda ser objeto de negociaciones entre los Miembros, los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben abstenerse de considerarla para no prejuzgar el resultado de las negociaciones".[330]

147. El Canadá, por consiguiente, pide al Órgano de Apelación que permita que el público observe la audiencia en este procedimiento. Afirma que como "solución práctica" para atender a los deseos de cualesquiera terceros participantes de que se preserve el carácter confidencial de sus comunicaciones orales se podría establecer "un enlace por video entre la sala donde la audiencia tenga lugar y otra sala en la que el público pueda observar la audiencia"[331], interrumpiendo la transmisión si el tercero participante así lo desea.

2. Párrafo 2 a) del artículo 23 y párrafo 5 del artículo 21 del ESD

148. El Canadá sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que el "recurso a la solución de diferencias", en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, no está limitado a los procedimientos de los grupos especiales del párrafo 5 del artículo 21, y que el párrafo 5 del artículo 21 y los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 no obligaban al Canadá a iniciar un procedimiento de un grupo

[327] *Ibid.*, párrafo 24.
[328] Observaciones del Canadá sobre las observaciones de los terceros participantes, párrafo 8.
[329] *Ibid.*, párrafo 10.
[330] *Ibid.*, párrafo 15.
[331] Solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por el Canadá, párrafo 29.

especial sobre el cumplimiento a fin de examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*.

149. Según el Canadá, la caracterización por las Comunidades Europeas de la presente diferencia como un "desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir ... o la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado", en el sentido del párrafo 5 del artículo 21, "pasa por alto ... que en lo fundamental esta diferencia no atañe específicamente a un 'desacuerdo' sobre la supuesta medida de cumplimiento [adoptada por las Comunidades Europeas]".[332] Más bien, aduce el Canadá, la disposición del ESD específicamente aplicable a la etapa posterior a la retorsión es el párrafo 8 del artículo 22, e incumbe a las Comunidades Europeas, como parte que trata de conseguir la terminación de la suspensión de las concesiones, demostrar que ha suprimido la medida incompatible con la OMC, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22. El Canadá sostiene que la afirmación unilateral de cumplimiento en virtud de la Directiva 2003/74/CE por parte de las Comunidades Europeas no obliga al Canadá a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, ni requiere que el Canadá ponga fin a la suspensión de concesiones. A juicio del Canadá, permitir que una declaración unilateral de cumplimiento desplace la autorización multilateral de suspender concesiones "contravendría la propia norma contra el unilateralismo que las [Comunidades Europeas] acusan al Canadá de infringir".[333]

150. El Canadá sostiene, además, que las Comunidades Europeas tienen la opción de iniciar ellas mismas un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Así lo confirma el hecho de que el Grupo Especial encargado del asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* no se declarara incompetente, a pesar de que el procedimiento fue iniciado por las Comunidades Europeas, parte demandada en el procedimiento inicial. El Canadá recuerda que el informe del Grupo Especial sobre el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* no se adoptó porque las Comunidades Europeas, única parte que participó en ese procedimiento, no solicitó su adopción. Por consiguiente, la afirmación de las Comunidades Europeas de que la "práctica ulteriormente seguida" confirma que el procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 no puede ser iniciado por el demandado inicial "carece de todo fundamento".[334] El Canadá discrepa del argumento de las Comunidades Europeas de que el hecho de que el Grupo Especial no pudiera obligar a otras partes a participar en el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* demuestra por qué una parte inicialmente demandada no puede iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, porque

[332] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafos 7 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 49), y 8.
[333] *Ibid.*, párrafo 9.
[334] *Ibid.*, párrafo 11 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 91).

"ningún grupo especial puede jamás obligar a una parte en una diferencia a que comparezca"[335] en un procedimiento de grupo especial.

151. El Canadá afirma que el Grupo Especial constató debidamente que si bien el recurso a un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 era uno de los mecanismos procesales a disposición de las Comunidades Europeas para demostrar que habían "suprimido" su medida incompatible con la OMC y obtener la terminación de la suspensión de concesiones por el Canadá, las Comunidades Europeas tenían a su disposición varias otras vías procesales, entre ellas los buenos oficios y las consultas, el arbitraje con arreglo al artículo 25 del ESD y el recurso a un grupo especial *de novo*. La posibilidad de recurrir al procedimiento de un nuevo grupo especial queda demostrada por el hecho de que las Comunidades Europeas iniciaran la presente diferencia y plantearan "directamente ante el Grupo Especial"[336], mediante sus alegaciones condicionales, la cuestión de si la Directiva 2003/74/CE las había puesto en conformidad. Por tanto, contrariamente a la aseveración de las Comunidades Europeas de que un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 es el único que pone fin a la diferencia, el hecho de que en este caso las Comunidades Europeas plantearan la cuestión del cumplimiento real "directamente" ante el Grupo Especial demuestra que ellas mismas creían que el Grupo Especial estaba en condiciones de pronunciarse sobre "la cuestión central en litigio" en la presente diferencia.[337]

152. Basándose en lo anteriormente expuesto, el Canadá solicita al Grupo Especial que rechace la apelación de las Comunidades Europeas contra la constatación del Grupo Especial de que el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 2 a) del artículo 23 no obligaban al Canadá a iniciar un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 a fin de examinar la compatibilidad con la OMC de la Directiva 2003/74/CE.

3. Párrafo 8 del artículo 22 del ESD

153. El Canadá aduce que, contrariamente a lo que alegan las Comunidades Europeas, el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 8 del artículo 22 del ESD al concluir que la frase "hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" significa que lo que debe suprimirse es la ilegalidad misma, y no sólo la medida inicialmente impugnada.

154. Según el Canadá, las Comunidades Europeas "propugnan una interpretación excesivamente restringida y formalista, que no sitúa el párrafo 8 del artículo 22 en su debido contexto"[338] cuando

[335] *Ibid.*, párrafo 12.
[336] *Ibid.*, párrafo 15.
[337] *Ibid.*
[338] *Ibid.*, párrafo 21.

aducen que la "mera existencia"[339] de una medida de aplicación y su subsiguiente notificación serían suficientes para satisfacer la prescripción del párrafo 8 del artículo 22 de que se suprima la medida incompatible con la OMC. En contraste, el Grupo Especial tuvo debidamente en cuenta el contexto del párrafo 8 del artículo 22 al constatar que la supresión de la medida incompatible, en la primera hipótesis contemplada en el párrafo 8 del artículo 22, exigía el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD antes de que pudiera ponerse fin a la suspensión de concesiones. El Canadá sostiene que las hipótesis segunda y tercera, que requieren la terminación de la suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22, "contemplan situaciones en las que la cuestión de la anulación o menoscabo causados por ... el incumplimiento de [los Acuerdos abarcados] se ha abordado satisfactoriamente".[340] El Canadá afirma además que el Grupo Especial constató correctamente que la vigilancia continua por el OSD de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, tal como se prevé en la segunda frase del párrafo 8 del artículo 22, tiene por objeto velar por que los Miembros cumplan cabalmente las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Canadá sostiene asimismo que la vigilancia del OSD se vería privada de sentido si su función se redujera a la de un observador pasivo que "simplemente tomara nota de la 'existencia' de una supuesta medida de aplicación, sin asegurarse de que sus recomendaciones y resoluciones se hayan aplicado realmente".[341] El Canadá añade que la interpretación del Grupo Especial era también compatible con el principio de "pronto" cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD, enunciado en el párrafo 1 del artículo 21 y el párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

155. El Canadá sostiene además que el Grupo Especial interpretó el párrafo 8 del artículo 22 de manera compatible con el objeto y fin del ESD de dar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio tal como se enuncia en el párrafo 2 del artículo 3. Esto es así porque, a juicio del Canadá, "el párrafo 8 del artículo 22 es la pieza clave para asegurarse de que la suspensión de concesiones alcance el objetivo de inducir el pleno cumplimiento"[342], y esa disposición no debe interpretarse de manera tan restringida que menoscabe la eficacia de la suspensión de concesiones. El Canadá sostiene que la interpretación del párrafo 8 del artículo 22 propugnada por las Comunidades Europeas requeriría la terminación inmediata de la suspensión de concesiones por el Canadá en virtud de la simple aseveración no verificada y la declaración unilateral de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD, y obligaría "al Canadá a iniciar un nuevo litigio" para no "desplazar la suspensión de concesiones por el Canadá autorizada multilateralmente".[343] Si en última

[339] *Ibid.*, párrafo 18 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 101).
[340] *Ibid.*, párrafo 25.
[341] *Ibid.*, párrafo 26.
[342] *Ibid.*, párrafo 33.
[343] *Ibid.*, párrafo 34.

instancia se estableciera que la supuesta medida de aplicación no cumple las recomendaciones y resoluciones del OSD, el Miembro que trata de lograr el cumplimiento "seguirá sufriendo, sin reparación alguna, la anulación o menoscabo causados por el hecho de que el Miembro que incumple no ha procedido a ponerse en conformidad".[344] Por tanto, aduce el Canadá, la interpretación del párrafo 8 del artículo 22 propugnada por las Comunidades Europeas debe rechazarse a fin de evitar "un ciclo de 'litigios recurrentes'".[345]

156. El Canadá, por consiguiente, solicita al Órgano de Apelación que rechace la apelación de las Comunidades Europeas contra la constatación del Grupo Especial de que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD requiere el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD antes de que tenga que ponerse fin a la suspensión de concesiones.

4. El mandato del Grupo Especial

157. El Canadá sostiene que la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se excedió de su mandato al asumir una función similar a la de un grupo especial sobre el cumplimiento confunde la cuestión de la competencia del Grupo Especial con la cuestión de la secuencia de las alegaciones de las Comunidades Europeas. Observa que las Comunidades Europeas, en el marco de su alegación subsidiaria y condicional, reconocieron implícitamente que el Grupo Especial era competente para examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. Por tanto, lo que realmente se afirma con esta alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se excedió de su mandato no es que el Grupo Especial examinó indebidamente la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*, sino más bien que el Grupo Especial lo hizo al abordar la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas.

158. El Canadá sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que no tenía más opción que examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*, porque la presunción de cumplimiento de buena fe, en la que las Comunidades Europeas se apoyaron al formular su segunda serie de alegaciones principales, era una presunción refutable por el Canadá. El Canadá recuerda la observación del Grupo Especial de que su examen de la Directiva 2003/74/CE en el marco del *Acuerdo MSF* "no es resultado de que ... hagamos caso omiso del orden en que"[346] las Comunidades Europeas presentaron sus alegaciones, sino que tuvo por objeto abordar la segunda serie

[344] *Ibid.*, párrafo 35.
[345] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.230).
[346] *Ibid.*, párrafo 40 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.357).

de alegaciones principales al amparo del párrafo 1 del artículo 23, el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Por consiguiente, el enfoque adoptado por el Grupo Especial no fue consecuencia de que hiciera caso omiso de la secuencia de las alegaciones de las Comunidades Europeas, sino el resultado de un análisis razonado de la segunda serie de alegaciones principales.

159. El Canadá aduce además que si bien en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas no se hacía referencia a las disposiciones del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial constató correctamente que la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF* era *ipso facto* una cuestión sometida a su consideración. Por consiguiente, el Grupo Especial no infringió el artículo 7 del ESD, porque esa disposición requiere que los grupos especiales aborden las disposiciones pertinentes de los Acuerdos abarcados citados por las partes. El Canadá recuerda que la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas se basaba en una infracción del párrafo 8 del artículo 22 por el Canadá, lo que a su vez dependía de una constatación de que la medida declarada incompatible con el *Acuerdo MSF* en el asunto *CE - Hormonas* había sido suprimida. Por consiguiente, el párrafo 8 del artículo 22 obligaba al Grupo Especial a examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF* como condición previa a una constatación de infracción de dicho párrafo por el Canadá. El Canadá sostiene además que el enfoque adoptado por el Grupo Especial era compatible con la constatación del Órgano de Apelación en *Argentina - Calzado (CE)* de que un grupo especial no puede hacer una "evaluación objetiva del asunto" si en su razonamiento sólo se remite a las "disposiciones concretas citadas por las partes en sus reclamaciones".[347] El Canadá observa también que el Grupo Especial consideró que la cuestión del cumplimiento sustantivo de la medida de aplicación adoptada por las Comunidades Europeas se planteó en las "primeras etapas de estas actuaciones" y que, en consecuencia, "ninguna parte en la diferencia podía alegar que no se le había brindado la oportunidad de abordar los argumentos jurídicos de la otra".[348]

160. Basándose en lo anterior, el Canadá solicita al Órgano de Apelación que rechace la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se excedió del mandato previsto en el artículo 7 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*.

[347] *Ibid.*, párrafo 43 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Calzado (CE)*, párrafo 74).
[348] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.371).

5. La sugerencia del Grupo Especial con respecto a la aplicación

161. En su comunicación del apelado, el Canadá no abordó la solicitud de las Comunidades Europeas de que el Órgano de Apelación modificara la sugerencia del Grupo Especial con respecto a la aplicación. Sin embargo, en su comunicación de otro apelante, el Canadá solicita al Órgano de Apelación que revoque la sugerencia del Grupo Especial para la aplicación, porque dicha sugerencia está en contradicción con las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 8 del artículo 22.[349]

6. La selección de expertos realizada por el Grupo Especial

162. El Canadá rechaza el argumento de las Comunidades Europeas de que la Sección VI de las *Normas de Conducta* establece la norma jurídica pertinente.[350] Más bien, sostiene el Canadá, la única norma que rige los conflictos de intereses figura en la Sección II (Principio rector) de las *Normas de Conducta*. Esa disposición estipula que todas las personas a las que se aplican las *Normas de Conducta*, incluidos los expertos, "serán independientes e imparciales" y evitarán "todo conflicto de intereses directo o indirecto". El Canadá afirma además que los Dres. Boisseau y Boobis cumplieron la prescripción de revelación de hechos contenida en el Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos científicos y/o técnicos (el "Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos") establecido por el Grupo Especial, y que, en particular, ambos cumplieron las prescripciones revelando su participación en el JECFA. A juicio del Canadá, "correspondía al Grupo Especial evaluar si ello afectaba a la independencia e imparcialidad de esos candidatos en este caso".[351]

163. El Canadá sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que los Dres. Boisseau y Boobis eran independientes e imparciales. Recuerda que el Grupo Especial "abordó expresamente"[352] la alegación de que esos dos expertos estaban defendiendo su trabajo anterior cuando explicó que consultarles tenía por objeto obtener asesoramiento sobre el contenido de la evaluación del riesgo del JECFA y contribuir a identificar en qué medida las preocupaciones planteadas por las Comunidades Europeas se habían tomado en consideración en la evaluación del riesgo realizada por el JECFA. El Canadá destaca también las explicaciones del Grupo Especial de que estaba preguntando a los expertos sobre la opinión consensuada del JECFA, que podía ser distinta de las opiniones personales de los expertos, y que ambos expertos reconocieron ante el Grupo Especial que los conocimientos científicos pueden evolucionar.

[349] Véase también *infra*, párrafo 206.
[350] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 47 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 195).
[351] *Ibid.*, párrafo 49.
[352] *Ibid.*, párrafo 54.

164. El Canadá observa que el conflicto de intereses alegado por las Comunidades Europeas no está comprendido en la Lista ilustrativa de las informaciones que deben revelarse, que figura en el Anexo 2 de las *Normas de Conducta*. Por tanto, según el Canadá, "la participación anterior de un experto en el JECFA no pondría a esa persona en una situación de conflicto de intereses cuando presta asesoramiento al Grupo Especial".[353] A juicio del Canadá, la participación de esos expertos tanto en el JECFA como en calidad de asesores del Grupo Especial fue de carácter personal, independiente y profesional, y sin ánimo de lucro. Además, sostiene el Canadá, es inexacto describir la participación de los Dres. Boisseau y Boobis en los comités del JECFA como algo que "les llevaba a tener un interés (casi patrimonial) en el resultado del proceso del JECFA, que se podrían haber visto obligados a defender al asesorar al Grupo Especial".[354] El Canadá sostiene que el proceso del JECFA "es un proceso difuso, en el que participan diversos científicos, pero cuyo resultado exacto es inicialmente incierto".[355] Los expertos, sostiene el Canadá, habrían contribuido a un proceso "encaminado a llegar a un consenso sobre lo que inicialmente podrían ser diversas opiniones científicas", lo cual es "muy distinto" de las conclusiones científicas publicadas por un científico en concreto como resultado de su trabajo.[356]

165. El Canadá considera que en la práctica la consecuencia de la exclusión por el Grupo Especial de los Dres. Boisseau y Boobis como expertos hubiera sido que "el grupo de expertos elegibles se habría reducido de manera significativa, de manera que el Grupo Especial habría tenido muchas dificultades para designar expertos en todos los ámbitos de experiencia que había identificado".[357] Remitiéndose a un caso en el que un científico en concreto había examinado cuestiones relacionadas con organismos modificados genéticamente tanto para la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria como para el JECFA, el Canadá afirma que ello concuerda con su opinión de que los expertos científicos independientes que actúan a título personal pueden asesorar a distintos órganos internacionales (u órganos nacionales) sobre la misma cuestión sin que ello ponga en entredicho su independencia e imparcialidad.

166. Por consiguiente, el Canadá solicita al Órgano de Apelación que rechace la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el principio de las debidas garantías procesales, las prescripciones de las *Normas de Conducta* y el artículo 11 del ESD al escoger a los Dres. Boisseau y Boobis, y que rechace la solicitud de que se revoquen las constataciones del Grupo Especial basadas en el asesoramiento de esos dos expertos.

---

[353] *Ibid.*, párrafo 55.
[354] *Ibid.*, párrafo 56.
[355] *Ibid.*
[356] *Ibid.*
[357] *Ibid.*, párrafo 57.

7. Párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

167. El Canadá aduce que el Grupo Especial constató correctamente que la prohibición permanente impuesta por las Comunidades Europeas a la carne y los productos cárnicos de ganado bovino tratado con estradiol-17β para estimular su crecimiento no se basó en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Canadá solicita al Órgano de Apelación que desestime la apelación de las Comunidades Europeas.

168. El Canadá aduce que el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, complementado por el párrafo 2 del artículo 5 de dicho Acuerdo, y no pasó por alto, en su análisis, los argumentos de las Comunidades Europeas relativos al uso indebido y el abuso en la administración de hormonas. Sostiene que las Comunidades Europeas no presentaron pruebas que demostraran que habían evaluado el uso indebido y el abuso en la administración de estradiol-17β como riesgo específico en relación con el consumo de carne de bovinos tratados con esa hormona para estimular su crecimiento. Por tanto, "ni siquiera es razonable presumir el uso indebido/abuso de hormonas"[358] a efectos del examen por el Grupo Especial del párrafo 1 del artículo 5 en esta diferencia. El Canadá afirma además que el Grupo Especial constató correctamente que la cuestión del uso indebido y el abuso sólo era pertinente "en la medida en que [podría] llevar a un aumento de la concentración de residuos de hormonas en la carne y los productos cárnicos que de otro modo se produciría de aplicarse buenas prácticas veterinarias".[359] A este respecto, el Grupo Especial constató que las Comunidades Europeas no habían evaluado las posibilidades de que se produjeran efectos perjudiciales derivados del consumo de carne que contuviera residuos de estradiol-17β como consecuencia del tratamiento de ese ganado con esta hormona para estimular su crecimiento. Por tanto, como las Comunidades Europeas no habían evaluado concretamente el riesgo derivado del consumo de carne que contiene residuos de hormonas, el Grupo Especial constató debidamente que no era preciso examinar si las concentraciones de residuos de estradiol-17β en la carne podía ser mayor como consecuencia del uso indebido y el abuso. El Canadá rechaza el argumento de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial hizo excesivo hincapié en las normas del Codex, que dan por supuesta las buenas prácticas veterinarias. Sostiene que el Grupo Especial no consideró que le incumbía comparar los Dictámenes del SCVPH con las evaluaciones del JECFA; antes bien, una vez constatado que las Comunidades Europeas habían tenido en cuenta el Codex, cumpliendo así lo establecido en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial actuó correctamente

[358] *Ibid.*, párrafo 87.
[359] *Ibid.*, párrafo 88 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.154).

al utilizar como referencia general el enfoque del Codex Alimentarius por lo que respecta a la evaluación del riesgo.

169. El Canadá sostiene asimismo que el Grupo Especial no excluyó *a priori* de su análisis las pruebas sobre posible uso indebido y abuso en la administración de hormonas, que fue el error jurídico identificado por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*. Antes bien, el Grupo Especial "confinó debidamente su análisis a la evaluación que era importante en el contexto de este caso".[360] El Canadá sostiene que el Grupo Especial rechazó debidamente la tentativa de las Comunidades Europeas de interpretar que la constatación del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, a saber, que las evaluaciones del riesgo pueden incluir cuestiones no susceptibles de análisis cuantitativos, permitía tener en cuenta consideraciones de "gestión del riesgo" en un "análisis del riesgo" en el sentido del párrafo 1 del artículo 5.[361] Según el Canadá, los argumentos de las Comunidades Europeas por lo que respecta a la "gestión del riesgo" tratan de "desviar la atención de la principal debilidad de su argumentación: que no evaluaron el riesgo específico".[362]

170. El Canadá afirma que el Grupo Especial sostuvo con razón que la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas no era lo bastante específica para el riesgo concreto en cuestión, es decir, los efectos perjudiciales para la salud de las personas derivados del consumo de carne de bovinos tratados con estradiol-17β para estimular su crecimiento. Señala las constataciones del Órgano de Apelación, en *CE - Hormonas*, de que los testimonios científicos examinados en una evaluación del riesgo deben ser "suficientemente específicos"[363] para la sustancia de que se trate a fin de que "justifiquen suficientemente" o "apoyen razonablemente" la medida sanitaria o fitosanitaria.[364] El Canadá sostiene que las Comunidades Europeas no estaban exentas de la obligación de realizar una evaluación cuantitativa de ese riesgo simplemente porque los Dictámenes del SCVPH indican que el estradiol-17β es genotóxico. Ello es así porque las pruebas a que se hace referencia en los Dictámenes del SCVPH atañen a la genotoxicidad del estradiol-17β *in vitro*[365] lo que no indica que

[360] *Ibid.*
[361] *Ibid.*, párrafo 93 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.491 y 7.492).
[362] *Ibid.*, párrafo 93.
[363] *Ibid.*, párrafo 97 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200).
[364] *Ibid.*, párrafo 98 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 193). (no se reproduce el subrayado)
[365] *In vitro* significa fuera del cuerpo, generalmente en un sistema celular en un tubo de ensayo o plato de cultivo. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 509 al párrafo 7.393 d); e informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 500 al párrafo 7.390 d) (donde se hace referencia a la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 96).)

sea genotóxico *in vivo*.[366] El Canadá rechaza la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta la declaración del Dr. Guttenplan de que los testimonios científicos eran específicos en relación con el riesgo pertinente. Esa declaración tiene que interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a la etapa de "determinación del peligro"[367] de una evaluación del riesgo, y el Dr. Guttenplan afirmó posteriormente que "las pruebas para la evaluación de la aparición de efectos perjudiciales eran insuficientes".[368] El Canadá observa también que otros dos expertos indicaron muy claramente que las Comunidades Europeas "no disponían de testimonios científicos que respaldaran la afirmación de existencia del riesgo específico".[369] Por consiguiente, el Grupo Especial tenía un "fundamento sólido"[370] para constatar que las evaluaciones del riesgo no eran suficientemente específicas para el riesgo pertinente derivado de la presencia de residuos de hormonas en la carne.

171. El Canadá discrepa también de la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error al requerir una cuantificación de los riesgos. Observa que, aunque en *CE - Hormonas* el Órgano de Apelación reconoció que una evaluación del riesgo podía realizarse de forma cuantitativa o cualitativa, también sostuvo que una evaluación del riesgo es un proceso "caracterizado por una investigación y análisis sistemáticos, disciplinados y objetivos".[371] Por tanto, una evaluación cualitativa del riesgo debe "realizarse de forma científicamente rigurosa"[372], y las Comunidades Europeas no podían realizar una evaluación cualitativa basándose en hipótesis no probadas cuando los datos cuantitativos disponibles contradecían esas hipótesis. La evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas no satisfizo esa norma, porque no contenía pruebas cuantitativas ni cualitativas del potencial genotóxico del estradiol-17β *in vivo*. Además, las Comunidades Europeas no justificaron su afirmación de que no podía identificarse un umbral para el estradiol-17β porque no proporcionaron pruebas que sugirieran que esa hormona es un "genotoxicante de acción directa".[373]

---

[366] *In vivo* significa en todo el organismo, el organismo intacto. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 585 al párrafo 7.472 (donde se hace referencia a la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 96).)

[367] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 99.

[368] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.495).

[369] *Ibid.* (donde se hace referencia a respuestas a preguntas planteadas por el Grupo Especial a los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 129-144).

[370] *Ibid.*, párrafo 99.

[371] *Ibid.*, párrafo 101 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187).

[372] *Ibid.*, párrafo 102.

[373] *Ibid.*, párrafo 106.

172. El Canadá sostiene además que el examen por el Grupo Especial de si las Comunidades Europeas habían evaluado la "posible aparición de efectos perjudiciales"[374] no expresa una preferencia por un análisis cuantitativo del riesgo, y es compatible con el *Acuerdo MSF*. Esto es así porque la única forma viable de examinar los "posibles" efectos perjudiciales, en el sentido del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, es "preguntar si esos efectos perjudiciales podrían producirse alguna vez".[375] El Canadá destaca también que el Grupo Especial reconoció que la "posibilidad" representa un umbral inferior a la "probabilidad".[376] Añade que el enfoque del Grupo Especial es compatible con la constatación del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, porque en aquella diferencia el Órgano de Apelación no consideró reprochable que el Grupo Especial constatara que una evaluación del riesgo en el marco del párrafo 4 del Anexo A requiere una evaluación de "la posibilidad ... de que se produzcan esos efectos".[377] El Canadá recuerda además el razonamiento del Órgano de Apelación de que el párrafo 1 del artículo 5 "es un factor de contrapeso en relación con el derecho de los Miembros a establecer su nivel adecuado de protección"[378] de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. En contraste, parece que las Comunidades Europeas defienden un "derecho irrestricto a definir su propio nivel de protección"[379] al afirmar que el Grupo Especial incurrió en error al dar preferencia a los métodos cuantitativos sobre los cualitativos cuando examinó la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas.

173. El Canadá afirma que el Grupo Especial hizo una evaluación objetiva del asunto al llegar a su constatación de que la prohibición permanente por las Comunidades Europeas del estradiol-17β no se basaba en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5. Como instancia que decide sobre los hechos, el Grupo Especial estaba facultado para atribuir más peso a las opiniones de los expertos que consideró eran más creíbles y convincentes. El Canadá destaca que, con arreglo a la interpretación del Órgano de Apelación, una evaluación objetiva, en el sentido del artículo 11 del ESD, implica, entre otras cosas, que "un grupo especial debe examinar todas las pruebas que se le hayan presentado, evaluar su credibilidad, determinar su peso, y cerciorarse de que sus constataciones

[374] *Ibid.*, párrafo 107 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 340, en el que a su vez se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.521, y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.493). (las cursivas no figuran en el original)

[375] *Ibid.*, párrafo 107. (el subrayado figura en el original)

[376] *Ibid.*, párrafo 108 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.481).

[377] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 183). (las cursivas no figuran en el original)

[378] *Ibid.*, párrafo 109 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 177).

[379] *Ibid.*, párrafo 109.

fácticas tengan fundamento adecuado en esas pruebas".[380] Dentro de esos parámetros, "los grupos especiales gozan de un margen de discrecionalidad como instancias que deciden sobre los hechos, incluso en diferencias que conllevan la evaluación de testimonios científicos"[381] y en ejercicio de esas facultades discrecionales, están facultados "para determinar que deb[e] atribuirse más peso a ciertos elementos de las pruebas que a otros".[382] Por tanto, "requerir que los grupos especiales, en su evaluación de las pruebas que tienen ante sí, den precedencia a la evaluación de los testimonios científicos y el riesgo efectuada por el Miembro importador no es compatible con este principio bien establecido".[383] El Canadá subraya que, dadas las facultades discrecionales que se otorgan a los grupos especiales para que determinen el valor de las pruebas sometidas a su consideración, el Órgano de Apelación ha aclarado que "no todos los errores en la evaluación de las pruebas ... se pueden calificar de incumplimiento de la obligación de hacer una evaluación objetiva de los hechos".[384]

174. El Canadá sostiene que las Comunidades Europeas no han demostrado que el Grupo Especial sobrepasó los límites de sus facultades discrecionales como instancia que decide sobre los hechos al llegar a sus constataciones fácticas sobre la compatibilidad con el *Acuerdo MSF* de la prohibición permanente de la carne de bovinos tratados con estradiol-17β impuesta de conformidad con la Directiva 2003/74/CE. El Canadá no considera que la afirmación del Grupo Especial de que se encontraba en una situación "similar"[385] a la de un evaluador de los riesgos indicaba que el Grupo Especial "pasó a hacer un examen *de novo*"[386] de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas. Más bien, el Grupo Especial aprovechó el asesoramiento prestado por los expertos como contexto para evaluar la supuesta compatibilidad de la medida de las Comunidades Europeas con las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas*. En ese sentido, el Grupo Especial reconoció que tenía pocos recursos para emprender un examen *de novo* de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas.[387] Según el Canadá, el Grupo

[380] *Ibid.*, párrafo 61 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 185).
[381] *Ibid.*, párrafo 62 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafos 166 y 221).
[382] *Ibid.* (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 161).
[383] *Ibid.* (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 166. (no se reproduce el subrayado)
[384] *Ibid.*, párrafo 64 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 133). (no se reproduce el subrayado) El Canadá se remite también al informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Neumáticos recauchutados*, párrafo 186, y al informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 5 del artículo 21 - Argentina)*, párrafo 240. (Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafos 63 y 67.)
[385] *Ibid.*, párrafo 71 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.409).
[386] *Ibid.*, párrafo 72 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 273).
[387] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.107, 7.405, 7.406, 7.571 y 7.630).

Especial, en cuanto instancia que decide sobre los hechos, estaba facultado para atribuir mayor peso al asesoramiento de determinados expertos, y no tenía obligación alguna de tratar "en pie de igualdad"[388] todo el asesoramiento recibido de los expertos. Por tanto, en lugar de "elegir"[389] entre las opiniones de los expertos, el Grupo Especial ponderó el asesoramiento recibido de los distintos expertos y realizó una evaluación objetiva del asunto sometido a su consideración, de conformidad con el artículo 11 del ESD.

175. Por lo que respecta a las alegaciones de error específicas formuladas por las Comunidades Europeas al amparo del artículo 11 del ESD, el Canadá caracteriza como "simplemente falsa"[390] la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial no tuvo en cuenta pruebas relacionadas con la exposición a las hormonas procedente de múltiples fuentes. El Grupo Especial "reconoció expresamente que había tomado en consideración la cuestión [de la exposición múltiple]"[391] en su análisis de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas en el marco del párrafo 1 del artículo 5, por lo que no dejó de realizar una evaluación objetiva, como exige el artículo 11.

176. El Canadá rechaza además la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial impuso una prescripción incorrecta de "especificidad" o "causalidad directa".[392] En lugar de exigir la "demostración de efectos reales"[393], el Grupo Especial requirió correctamente a las Comunidades Europeas que evaluaran "la posibilidad de que el efecto perjudicial identificado se produjera u originara por, o resultara de, la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne o los productos cárnicos como consecuencia del tratamiento del ganado con esa hormona con fines de estimulación del crecimiento".[394] Según el Canadá, esto tampoco equivale a una exigencia de que las Comunidades Europeas demuestren "efectos reales"[395], ni constituye una infracción del artículo 11 por el Grupo Especial.

---

[388] *Ibid.*, párrafo 73.
[389] *Ibid.*, párrafo 74 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 239).
[390] *Ibid.*, párrafo 77.
[391] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.501).
[392] *Ibid.*, párrafo 79 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 259-270).
[393] *Ibid.* (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 261).
[394] *Ibid.*, párrafo 80 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.485). (no se reproduce el subrayado)
[395] *Ibid.* (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 261).

177. Por último, el Canadá sostiene que el Grupo Especial "se ocupó ampliamente" en su informe de los testimonios[396] relacionados con la genotoxicidad del estradiol-17β, y concluyó que los testimonios científicos a que se hacia referencia en los Dictámenes del SCVPH no "apoya[ban] la conclusión de las Comunidades Europeas de que la genotoxicidad del estradiol-17β ya haya sido demostrada explícitamente", ni "la conclusión de que la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne y los productos cárnicos como consecuencia del tratamiento del ganado con esa hormona con fines de estimulación del crecimiento lleve a un aumento del riesgo de cáncer".[397] Por consiguiente, el Canadá afirma que el Grupo Especial examinó cuidadosamente todas las pruebas sobre la genotoxicidad del estradiol-17β que tenía ante sí y no dejó de realizar una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD.

178. El Canadá concluye que el Grupo Especial interpretó y aplicó correctamente el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y no dejó de hacer una evaluación objetiva del asunto, como exige el artículo 11 del ESD. Por consiguiente, solicita al Órgano de Apelación que desestime la apelación de las Comunidades Europeas contra las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

8. Párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

179. El Canadá aduce que el Grupo Especial constató debidamente que los testimonios científicos pertinentes sobre las cinco hormonas objeto de la prohibición provisional no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Canadá solicita al Órgano de Apelación que desestime este fundamento de la apelación de las Comunidades Europeas.

180. El Canadá sostiene que el Grupo Especial consideró correctamente la pertinencia de las normas internacionales al determinar que los testimonios científicos sobre los riesgos planteados por las cinco hormonas no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. Observa que el Grupo Especial no constató que la existencia de normas internacionales creaba una presunción irrefutable de la suficiencia de los testimonios científicos y equivalía a una "prohibición jurídica"[398] de la adopción de medidas provisionales con arreglo al párrafo 7 del artículo 5. Antes bien, el Grupo Especial estaba "expresando una presunción, no una conclusión"[399] cuando constató que la existencia de normas internacionales "implicaba" que existían testimonios suficientes para completar una evaluación del riesgo. Así lo demuestra el reconocimiento por el Grupo Especial de que testimonios

[396] *Ibid.*, párrafo 81.
[397] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.540). (no se reproduce el subrayado)
[398] *Ibid.*, párrafo 117.
[399] *Ibid.*, párrafo 118. (no se reproduce el subrayado)

anteriormente suficientes podían después resultar "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 cuando nuevos estudios "los pusieran en entredicho".[400] Por consiguiente, y contrariamente a lo que afirman las Comunidades Europeas, el Grupo Especial reconoció expresamente que aunque existan normas internacionales puede haber casos en los que los testimonios científicos pertinentes resulten insuficientes para realizar una evaluación del riesgo adecuada. Basándose en ello, el Grupo Especial procedió a evaluar si las "insuficiencias" identificadas por las Comunidades Europeas bastaban para hacer insuficientes los testimonios anteriormente suficientes en los que se habían basado las evaluaciones del JECFA.

181. El Canadá sugiere además que el Grupo Especial procedió correctamente al excluir del ámbito de su análisis en el marco del párrafo 7 del artículo 5 el nivel de protección escogido por las Comunidades Europeas. El Grupo Especial actuó correctamente al constatar que la capacidad de las Comunidades Europeas para realizar una evaluación del riesgo de cuatro de las hormonas anteriormente prohibidas no podía "depender"[401] de su decisión de aplicar un nivel de protección más alto que el reflejado en las normas internacionales. El argumento de las Comunidades Europeas de que la "suficiencia" de los testimonios científicos, en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, depende del nivel de riesgo aceptable adoptado por un Miembro[402] menoscaba los "fundamentos básicos" del *Acuerdo MSF*, con arreglo al cual el párrafo 7 del artículo 5 actúa como una "'válvula de seguridad' temporal"[403] en los casos en que no haya testimonios científicos suficientes para que un Miembro pueda realizar una evaluación del riesgo que satisfaga las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5. El enfoque propugnado por las Comunidades Europeas permitiría a los Miembros "en la práctica, excluir del fondo disponible de testimonios científicos pertinentes cualquier testimonio que no respalde el nivel de protección que han escogido"[404] al evaluar si hay testimonios científicos suficientes para realizar una evaluación del riesgo. El Canadá aduce que el nivel de protección deseado por un Miembro no es pertinente para determinar si los testimonios científicos son "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, porque el "derecho autónomo"[405] de los Miembros de la OMC para introducir medidas de las que resulte un nivel de protección mayor que el que se logra mediante medidas basadas en las normas internacionales, establecido en el párrafo 3 del artículo 3, está sujeto a la prescripción de que esas medidas se basen en una evaluación del riesgo.

---

[400] *Ibid.*, párrafo 119 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.598).

[401] *Ibid.*, párrafo 122.

[402] *Ibid.*, párrafo 121 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 397; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.618 y 7.619).

[403] *Ibid.*, párrafo 122.

[404] *Ibid.*, párrafo 123.

[405] *Ibid.*, párrafo 124 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 172).

182. El Canadá sostiene que el Grupo Especial no incurrió en error al asignar a las Comunidades Europeas la carga de probar la insuficiencia de los testimonios científicos en el marco del párrafo 7 del artículo 5. Considera que el Grupo Especial caracterizó correctamente el párrafo 7 del artículo 5 como una "exención calificada"[406] de la obligación dimanante del párrafo 2 del artículo 2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes. El párrafo 7 del artículo 5 no es una opción que un Miembro pueda escoger libremente. Antes bien, actúa como una "'válvula de seguridad' temporal"[407] en los casos en que hay algunos testimonios, pero no los suficientes para realizar una evaluación del riesgo completa. El Grupo Especial no desplazó a las Comunidades Europeas la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 hasta que se hubo convencido de que el Canadá había refutado suficientemente la alegación de cumplimiento de las Comunidades Europeas mediante pruebas positivas de una infracción de dicho párrafo. El Canadá afirma además que esa asignación de la carga de la prueba es compatible con la resolución del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, porque incumbía a las Comunidades Europeas, como parte que alegaba una infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, demostrar que su medida de aplicación cumplía lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[408]

183. El Canadá aduce además que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que en los casos en que se han realizado evaluaciones internacionales del riesgo de las sustancias en cuestión, se requeriría una "masa crítica" de nuevos testimonios para que los testimonios científicos pertinentes resultaran "insuficientes" a los efectos del párrafo 7 del artículo 5. El Canadá rechaza el argumento de las Comunidades Europeas de que el criterio de la "masa crítica" excluye *a priori* la posibilidad de que un Miembro de la OMC base su evaluación del riesgo en opiniones minoritarias respetables. Recuerda la constatación del Órgano de Apelación de que una medida conforme a las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 puede basarse en opiniones minoritarias.[409] En esos casos, aduce el Canadá, hay testimonios "intrínsecamente"[410] suficientes para realizar una evaluación del riesgo que justifique la medida sanitaria o fitosanitaria. El párrafo 7 del artículo 5, en contraste, sólo es aplicable a los casos en que los testimonios científicos sean "insuficientes" para realizar "cualquier" evaluación del riesgo "en absoluto", con independencia de que una medida se base en opiniones científicas "minoritarias" o "generalizadas".[411] Por tanto, contrariamente a lo que afirman las Comunidades

[406] *Ibid.*, párrafo 114 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 80). (no se reproducen las cursivas del original)
[407] *Ibid.*, párrafo 122.
[408] *Ibid.*, párrafo 115 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16).
[409] *Ibid.*, párrafo 127 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 194; y al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 178).
[410] *Ibid.*, párrafo 127.
[411] *Ibid.*

Europeas, "el concepto de masa crítica, tal como lo aplicó el Grupo Especial, no puede asimilarse a las constataciones del Órgano de Apelación sobre la posibilidad de fundamentar válidamente una medida sanitaria o fitosanitaria en opiniones minoritarias".[412] El Canadá añade que la noción de "masa crítica" utilizada por el Grupo Especial no especifica cuántos testimonios se necesitarían para hacer insuficientes los testimonios científicos que anteriormente eran suficientes, ni excluye la posibilidad de que un "estudio o una serie de estudios nuevos puedan poner en entredicho los supuestos científicos en los que se basa la comprensión actual de una cuestión científica".[413] Por tanto, sostiene el Canadá, el criterio de la "masa crítica" adoptada por el Grupo Especial "establece correctamente un elevado umbral"[414], que refleja la presunción, en esta diferencia, de que los testimonios científicos disponibles eran suficientes para adoptar las normas internacionales pertinentes.

184. Por último, el Canadá aduce que el Grupo Especial no omitió realizar una evaluación objetiva de los hechos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD al llegar a sus constataciones en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Canadá afirma que la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 parece haber "perdido de vista el proceso emprendido por el Grupo Especial"[415], que consistía en llegar a una determinación objetiva de los hechos de conformidad con el artículo 11 del ESD. El Canadá se remite a sus anteriores argumentos en el sentido de que el Grupo Especial, como instancia que decide sobre los hechos, estaba facultado para determinar el peso que debía atribuirse a las declaraciones hechas por los expertos en el curso del procedimiento, así como para evaluar la experiencia y la credibilidad de éstos.[416] El Canadá rechaza las alegaciones de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial "redujo sistemáticamente la importancia"[417] de las opiniones de expertos que indicaban que los testimonios científicos eran insuficientes para realizar una evaluación del riesgo. Según el Canadá, esas alegaciones no tienen en cuenta que el Grupo Especial, además de examinar las respuestas escritas de los expertos a las preguntas del Grupo Especial, pudo "observar a esos expertos" en las reuniones que mantuvo con ellos y "evaluar su respectiva experiencia y su credibilidad en ámbitos específicos".[418] Esa era, por tanto, la razón por la que el Grupo Especial estaba facultado para apoyarse más en las opiniones expresadas por algunos expertos que en las de otros. Por consiguiente, el recurso del Grupo Especial a las opiniones de esos expertos era

[412] *Ibid.*, párrafo 128.
[413] *Ibid.*
[414] *Ibid.*
[415] *Ibid.*, párrafo 129.
[416] Véanse también *supra*, párrafos 173 y 174.
[417] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 130 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 427, y se hace referencia al párrafo 429).
[418] *Ibid.*, párrafo 130.

plenamente compatible con su función en tanto instancia que decide sobre los hechos y, por ende, compatible con el artículo 11 del ESD.

185. El Canadá concluye que el Grupo Especial interpretó y aplicó correctamente el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y no dejó de realizar una evaluación objetiva del asunto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD. En consecuencia, solicita al Órgano de Apelación que desestime la apelación de las Comunidades Europeas contra las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

D. *Alegaciones de los Estados Unidos - Otro apelante*

186. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos habían actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD al "tratar de reparar" una infracción en relación con la Directiva 2003/74/CE y al formular una determinación de infracción sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD. Los Estados Unidos solicitan al Órgano de Apelación que revoque esas constataciones del Grupo Especial.

1. Presuntas discrepancias en la descripción de la medida en litigio por el Grupo Especial

187. Los Estados Unidos sostienen que hay dificultades conceptuales y aparentes discrepancias en la descripción de la medida en litigio por el Grupo Especial y en la identificación por el Grupo Especial de los marcos temporales pertinentes por lo que respecta a la suspensión de concesiones. El Grupo Especial describió la medida en litigio como "el mantenimiento de la suspensión de concesiones ... sin recurrir a los procedimientos del ESD", o como "el mantenimiento de la aplicación por los Estados Unidos ... de su decisión de aplicar ... derechos de importación superiores a los tipos consolidados ... sin recurrir a los procedimientos previstos en el ESD".[419] Esas descripciones no sólo son distintas, sino que además confunden las alegaciones jurídicas formuladas por las Comunidades Europeas con lo que debería ser una descripción fáctica de la medida. El marco temporal pertinente de la medida se identificó como el transcurrido "después de que las Comunidades Europeas adoptaran la Directiva 2003/74/CE" o como "después de que las Comunidades Europeas notificaran al OSD la Directiva 2003/74/CE".[420] Esas discrepancias ponen de manifiesto, a juicio de los Estados Unidos, una dificultad conceptual en el criterio del Grupo Especial y demuestran que éste parecía estar esforzándose por explicar cómo podría constatar que la suspensión de concesiones autorizada por

[419] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 21 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 2.7 y 7.151).

[420] *Ibid.*, párrafo 26 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 2.7 y 7.151). (no se reproducen las cursivas del original)

el OSD era incompatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC. Según los Estados Unidos, "aparentemente, el Grupo Especial estaba tratando de caracterizar la medida no como los derechos en sí mismos, sino como algo más, algo que cambió en la medida cuando las [Comunidades Europeas] notificaron su alegación (inexacta) de cumplimiento"[421]; sin embargo, la alegación de cumplimiento de las Comunidades Europeas no dio lugar a ninguna medida nueva, y tampoco a una modificación u otra alteración de los derechos.

2. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 23 del ESD

188. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial "simplemente incurrió en error" al constatar que la suspensión de concesiones tuvo lugar "sin recurrir a los procedimientos del ESD".[422] Observan que antes de que el OSD los autorizara a suspender concesiones, los Estados Unidos habían recurrido amplia y prolongadamente a múltiples procedimientos previstos en el ESD y "habían cumplido cabalmente todas las normas y procedimientos pertinentes del ESD ... iniciando la diferencia *CE - Hormonas*, determinando el [plazo prudencial] aplicable para el cumplimiento, determinando el nivel adecuado de la suspensión de concesiones y obteniendo la autorización del OSD para suspenderlas".[423] Los Estados Unidos destacan que la autorización del OSD para suspender concesiones, que obtuvieron el 26 de julio de 1999, "en ningún momento ha sido revocada, y que la aplicación [por los Estados Unidos] de derechos de conformidad con esa autorización se ha mantenido sin cambios" hasta la fecha.[424]

189. Los Estados Unidos afirman que, al constatar que los Estados Unidos estaban intentando obtener reparación por una infracción en relación con la Directiva 2003/74/CE, el Grupo Especial "recaracterizó"[425], sin fundamento jurídico alguno, la suspensión de concesiones por los Estados Unidos como si ahora estuviera dirigida contra la Directiva 2003/74/CE. Los Estados Unidos sostienen asimismo que la notificación por las Comunidades Europeas de la Directiva 2003/74/CE al OSD fue una simple declaración unilateral de cumplimiento, y que ese tipo de declaraciones no satisface ninguna de las tres condiciones previstas en el párrafo 8 del artículo 22 que deben cumplirse para que la autorización del OSD deje de estar en vigor. Los Estados Unidos explican, además, que al parecer el Grupo Especial dedujo indebidamente que había "algún plazo dentro del cual un Miembro debe responder a esa declaración unilateral"[426], cuando en el ESD no se establece ningún plazo de esa

[421] *Ibid.*, párrafo 27.
[422] *Ibid.*, párrafo 29.
[423] *Ibid.*, párrafo 17.
[424] *Ibid.*, párrafo 18.
[425] *Ibid.*, párrafo 31.
[426] *Ibid.*, párrafo 37.

índole. Por consiguiente, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial permitió indebidamente que la declaración unilateral de cumplimiento transformara la justificación jurídica de la suspensión de concesiones mantenida por los Estados Unidos. Dado que el Grupo Especial constató que, de hecho, la medida incompatible no se había suprimido, la autorización multilateral del OSD sigue siendo válida y eficaz.

190. A juicio de los Estados Unidos, la recaracterización por el Grupo Especial del fundamento jurídico de la suspensión de concesiones en el sentido de que ahora está dirigida contra la Directiva 2003/74/CE adolece de "deficiencias insubsanables"[427] por varias razones. En primer lugar, la constatación del Grupo Especial es incompatible con el sentido corriente del término "*authorized*" ("autorizado"), que se define como "*legally or formally sanctioned or appointed*" ("legal o formalmente sancionado o designado")[428] y con el hecho de que un acto "autorizado" es, por definición, compatible con la ley. Por tanto, la constatación del Grupo Especial de que la suspensión de concesiones por los Estados Unidos, que sigue estando autorizada, podría constituir una infracción del párrafo 1 del artículo 23 se basaba en la tesis paradójica de que un acto permitido por la ley puede al mismo tiempo estar prohibido por la ley. En segundo lugar, el análisis del Grupo Especial se basó en una "falsa dicotomía"[429]: cuando se notifica una medida destinada a cumplir, la parte reclamante o bien pone fin a la suspensión de concesiones porque concluye que la medida es compatible con los Acuerdos abarcados, o mantiene la suspensión de concesiones porque considera que con esa medida el Miembro al que incumbe la aplicación no procede al cumplimiento. A juicio de los Estados Unidos, esa falsa dicotomía carece de fundamento alguno en el ESD, porque el ESD no obliga a los Miembros a llegar a conclusiones definitivas sobre la validez de una declaración unilateral de cumplimiento. Los Estados Unidos simplemente dejaron los derechos como estaban y mantuvieron el *statu quo* basándose en que la declaración de cumplimiento de las Comunidades Europeas no había sido confirmada multilateralmente.

191. Los Estados Unidos afirman además que el Grupo Especial incurrió en error al asignar la carga de la prueba, ya que dispensó a las Comunidades Europeas del deber de acreditar *prima facie* la incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 23 del ESD. Recuerdan también que el Grupo Especial, al rechazar el argumento de los Estados Unidos de que las Comunidades Europeas no habían demostrado que se cumplían las condiciones previstas en el párrafo 8 del artículo 22 para poner fin a la suspensión de concesiones, sostuvo que el Miembro que suspende concesiones está obligado a asegurarse de que la suspensión sólo se aplique hasta el momento previsto en esa disposición.

[427] *Ibid.*, párrafo 40.
[428] *Ibid.*, párrafo 43 (donde se cita *The New Shorter Oxford English Dictionary*, cuarta edición, L. Brown (editor) (Clarendon Press, 1993), volumen 1, página 151).
[429] *Ibid.*, párrafo 45.

Los Estados Unidos afirman que el párrafo 8 del artículo 22 no asigna esa responsabilidad al Miembro que suspende concesiones, y no especifica el procedimiento para determinar si se satisfacen las condiciones en él establecidas. A juicio de los Estados Unidos, "lo que está claro"[430] en el párrafo 8 del artículo 22 es que no hay fundamento alguno para constatar que una autorización multilateral para suspender concesiones ha de cesar si se presenta una declaración unilateral de cumplimiento. El Miembro demandado no debería estar facultado para eludir la suspensión de concesiones y obligar a la parte reclamante a iniciar un procedimiento de solución de diferencias "simplemente notificando una alegación de cumplimiento".[431]

192. Los Estados Unidos sostienen que las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 23 tienen consecuencias "fundamentalmente problemáticas"[432], porque un Miembro, simplemente por alegar que ha cumplido, podría eludir la aplicación de la suspensión de concesiones y obligar a la parte reclamante a iniciar otro procedimiento de solución de diferencias, lo que podría crear un "bucle interminable"[433] de litigios. Los Estados Unidos afirman además que el Grupo Especial "de hecho, interpretó que el [párrafo 8 del artículo 22 del ESD] imponía una obligación" al Miembro que suspende concesiones "de adoptar medidas dentro de cierto plazo para cerciorarse de si se han satisfecho las condiciones del párrafo 8 del artículo 22".[434] Por consiguiente, el criterio aplicado por el Grupo Especial "entrañaría el aumento de los derechos y obligaciones de los Miembros, en infracción del"[435] párrafo 2 del artículo 19 del ESD. Los Estados Unidos afirman que el ESD no especifica las normas aplicables a los casos, en la etapa posterior a la suspensión, en los que una parte inicialmente demandada ha declarado que se ha puesto en conformidad cuatro años después de que haya expirado el plazo prudencial para la aplicación. Por consiguiente, los grupos especiales y el Órgano de Apelación "no deben suplantar la labor y los esfuerzos de los Miembros para aclarar o mejorar el ESD".[436] Los Estados Unidos observan que el ESD "no deja a las partes que se encuentran en la etapa posterior a la suspensión desprovistas de medios para obtener reparación y la solución del asunto"[437], y que en la etapa posterior a la retorsión los Miembros siguen teniendo la posibilidad de recurrir a un procedimiento normal de grupo especial, como las Comunidades Europeas decidieron hacer en la presente diferencia.

[430] *Ibid.*, párrafo 57.
[431] *Ibid.*, párrafo 62.
[432] *Ibid.*, párrafo 60.
[433] *Ibid.*, párrafo 65.
[434] *Ibid.*, párrafo 66.
[435] *Ibid.*
[436] *Ibid.*, párrafo 69.
[437] *Ibid.*, párrafo 70.

3. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD

193. Los Estados Unidos objetan también la constatación del Grupo Especial de que las declaraciones que hicieron en las reuniones del OSD constituían una "determinación" unilateral de que se había producido una infracción en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Esa conclusión, según los Estados Unidos, no era compatible con el sentido corriente del término "determinación", en su contexto y a la luz del objeto y fin del ESD, ni estaba respaldada por los antecedentes de negociación del ESD. Con arreglo a su sentido corriente, una "determinación" es una decisión "final y definitiva" que resulta de algún tipo de proceso deliberativo y conduce a una consecuencia significativa.[438] Los Estados Unidos encuentran apoyo contextual para esa interpretación en la cláusula final del párrafo 2 a) del artículo 23, que requiere que las determinaciones sean coherentes con las recomendaciones y resoluciones del OSD, por lo que confirma que una determinación ha de ser final y definitiva. Los Estados Unidos aducen que las declaraciones que hicieron en las reuniones del OSD no constituían una "determinación", porque no eran en sí mismas definitivas ni finales y, por el contrario, conllevaban una cierta ambigüedad. Dada la complejidad que entraña cualquier intento de buena fe de examinar la alegación de las Comunidades Europeas de que la Directiva 2003/74/CE es compatible con el *Acuerdo MSF*, los Estados Unidos necesitaban tiempo para efectuar un examen, y no cabía esperar que hubieran llegado a una determinación en el transcurso de unas pocas semanas desde la notificación de la Directiva 2003/74/CE por las Comunidades Europeas. Refiriéndose a los antecedentes de negociación del párrafo 2 a) del artículo 23, los Estados Unidos sostienen que la "determinación" en la que los negociadores querían centrarse respecto de dicho párrafo era del tipo y naturaleza de las determinaciones unilaterales formuladas en el marco del artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974[439], que se formularon tras la conclusión de investigaciones formales y que dieron lugar a determinadas consecuencias jurídicas.[440] Los Estados Unidos sostienen además que someter las declaraciones de los Miembros en el OSD, que "generalmente son de carácter diplomático o político y se preparan ... con independencia de cualquier ... proceso deliberativo", a la disciplina del párrafo 2 a) del artículo 23 "sin duda producirá un efecto 'paralizante' en esas declaraciones".[441]

194. Los Estados Unidos alegan además que una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 no puede ser inferida o implícita, y que el Grupo Especial incurrió en error al inferirla de

[438] *Ibid.*, párrafos 74-78.
[439] Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos, de 1974, Ley Pública Nº 93-618, 88 Stat. 1978 (1975), *United States Code*, Título 19, sección 2101.
[440] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 88.
[441] *Ibid.*, párrafos 93 y 95.

la "inacción" de los Estados Unidos por lo que respecta a la suspensión de concesiones.[442] Los Estados Unidos añaden que la inferencia del Grupo Especial "de hecho interpreta que el artículo 23 fija un plazo en el que se imputará una determinación a un Miembro"[443], a pesar de que dicho artículo no contiene tal plazo y de que el propio Grupo Especial se esforzó en identificar el marco temporal adecuado después del cual se consideraría que el "mantenimiento de la suspensión" era incompatible con el artículo 23. En opinión de los Estados Unidos, "las constataciones del Grupo Especial parecían requerir que las partes reclamantes y otros Miembros guardaran silencio ante una alegación de cumplimiento o se arriesgaran a que se interpretara que cualquier reacción que no constituyera un acuerdo era una 'determinación'".[444] Los Estados Unidos observan además que "incluso si la reacción no fuera suficiente para ser una 'determinación', parece que un Miembro se arriesgaría a que esa reacción madurara hasta convertirse en una 'determinación' simplemente por el transcurso de un plazo no especificado, que el propio Grupo Especial reconoció que no existe".[445]

4. El alcance del mandato del Grupo Especial y la sugerencia del Grupo Especial

195. Los Estados Unidos solicitan al Órgano de Apelación que, en caso de que confirme las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23, revoque la "sugerencia equivocada"[446] del Grupo Especial de que los Estados Unidos se pongan en conformidad recurriendo sin demora a las normas y procedimientos del ESD. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial procedió a examinar con detalle la Directiva 2003/74/CE y su compatibilidad tanto con las recomendaciones y resoluciones del OSD como con el *Acuerdo MSF*. Por tanto, ya se había recurrido a las normas y procedimientos del ESD, porque "una lectura imparcial y objetiva del texto de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 no excluye los casos"[447] en los que un Miembro puede "recurrir" participando en un procedimiento de solución de diferencias iniciado por otro Miembro de la OMC, como hicieron los Estados Unidos en la presente diferencia. Los Estados Unidos observan que exigir un nuevo litigio sobre las cuestiones que ya han sido "examinadas y consideradas"[448] en estas actuaciones no representaría una utilización eficiente del sistema de solución de diferencias de la OMC y sería contrario al objetivo de "pronta solución" de las diferencias enunciado en el párrafo 3 del artículo 3 del ESD.

[442] *Ibid.*, párrafos 98-104.
[443] *Ibid.*, párrafo 105.
[444] *Ibid.*, párrafo 106.
[445] *Ibid.*
[446] *Ibid.*, párrafo 108.
[447] *Ibid.*, párrafo 111.
[448] *Ibid.*, párrafo 113.

196. Los Estados Unidos sostienen además que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que no era competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. Aducen que el Grupo Especial limitó indebidamente el alcance de su mandato basándose en que las Comunidades Europeas habían formulado su alegación al amparo del párrafo 8 del artículo 22 como una alegación condicional. Los Estados Unidos afirman que "el mandato de un grupo especial, una vez determinado al comienzo de la diferencia, no puede ser restringido o modificado de otro modo por una parte reclamante".[449] Según los Estados Unidos, la disposición pertinente que regula el mandato de un grupo especial es el artículo 7 del ESD, el cual "no prevé un cambio en el mandato basado en las comunicaciones de la parte reclamante".[450] Por tanto, a juicio de los Estados Unidos, esa constatación del Grupo Especial debe revocarse, y las constataciones del Grupo Especial relativas a la incompatibilidad con la OMC de la Directiva 2003/74/CE, formuladas en el contexto del examen de la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas, deben considerarse constataciones "directas".[451]

5. Conclusión

197. En suma, los Estados Unidos solicitan al Órgano de Apelación que: i) revoque las constataciones del Grupo Especial de que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD; ii) revoque la sugerencia del Grupo Especial de que los Estados Unidos deberían recurrir sin demora a las normas y procedimientos del ESD; y iii) revoque la conclusión del Grupo Especial de que no estaba facultado para formular una determinación directa sobre la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. No obstante, los Estados Unidos aclaran que no es preciso que el Órgano de Apelación aborde las dos últimas cuestiones si revoca las constataciones del Grupo Especial de que los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD.

E. *Alegaciones del Canadá - Otro apelante*

198. El Canadá solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que el Canadá ha actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD al mantener la suspensión de concesiones tras la notificación de la Directiva 2003/74/CE por las Comunidades Europeas. Sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al abordar las alegaciones de infracción de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 formuladas por las Comunidades Europeas separándolas completamente de las prescripciones del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Aun en el

[449] *Ibid.*, párrafo 117.
[450] *Ibid.*
[451] *Ibid.*, párrafo 119.

caso de que el Grupo Especial no hubiera incurrido en error al examinar el artículo 23 aisladamente del párrafo 8 del artículo 22, el Canadá aduce que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Canadá ha incumplido los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 al intentar obtener reparación por una infracción sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD.

1. El examen por el Grupo Especial de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 "aisladamente" del párrafo 8 del artículo 22 del ESD

199. El Canadá alega que el "error jurídico fundamental"[452] del Grupo Especial es haber examinado la alegación formulada por las Comunidades Europeas al amparo de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 aislándola de su análisis en el marco del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Según el Canadá, la "clave del presente caso es el párrafo 8 del artículo 22 del ESD"[453], el cual, como *lex specialis* aplicable a la etapa de una diferencia posterior a la retorsión, establece las tres condiciones que han de satisfacerse para que se ponga fin a la suspensión de concesiones, una de las cuales es el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Canadá sostiene que "la continuación de la intervención del OSD", de conformidad con la segunda frase del párrafo 8 del artículo 22 "sugiere que [el OSD] sigue teniendo jurisdicción sobre el asunto hasta que sus recomendaciones y resoluciones hayan sido plenamente aplicadas".[454] El Canadá explica que "esto es coherente con la obligación constante del Miembro contra el que tiene lugar la retorsión de cumplir las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC, incluida la de cumplir sin demora las recomendaciones y resoluciones del OSD".[455]

200. Por lo que respecta al artículo 23, el Canadá sostiene que esa disposición comienza estableciendo las obligaciones generales aplicables a lo que denomina la etapa de una diferencia anterior al procedimiento de solución de diferencias y seguidamente procede a establecer obligaciones específicas (*lex specialis*) aplicables en las etapas de dicho procedimiento correspondientes al cumplimiento y a la retorsión. Aunque los ejemplos de conducta unilateral prohibida que figuran en el párrafo 2 del artículo 23 no son exhaustivos, la estructura del artículo indica que cuando una diferencia en particular ha llegado a las etapas de cumplimiento o retorsión, las obligaciones pertinentes son las establecidas en los apartados b) y c) del párrafo 2 del artículo 23, y las obligaciones generales enunciadas en los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 ya no son pertinentes. De hecho, observa el Canadá, un Miembro reclamante sólo puede llegar a la etapa de cumplimiento o retorsión si ya ha satisfecho esas obligaciones generales, participando en el proceso de solución de diferencias de la OMC, y obtenido una resolución del OSD de que el Miembro demandado ha

[452] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 6.
[453] *Ibid.*, párrafo 35.
[454] *Ibid.*, párrafo 36.
[455] *Ibid.* (no se reproduce la nota de pie de página)

incumplido sus obligaciones. El Canadá observa además que los *travaux préparatoires* proporcionan una indicación más de que los negociadores del ESD no contemplaban la posibilidad de que el artículo 23 se aplicara a una situación posterior a la retorsión. En consecuencia, aduce que en el presente caso, dado que ha recurrido a las normas y procedimientos del ESD en la diferencia *CE - Hormonas* y está suspendiendo concesiones de conformidad con una autorización del OSD, el Canadá ya ha satisfecho las obligaciones enunciadas en los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23. Por tanto, como sugiere el texto del párrafo 2 c) del mismo artículo, el Grupo Especial debería haberse centrado en primer lugar en las disposiciones del artículo 22, incluidas las prescripciones específicas del párrafo 8 del artículo 22 aplicables a la cuestión de si se ha de poner término a la suspensión de concesiones. Al no haberlo hecho, el enfoque adoptado por el Grupo Especial dio lugar a la formulación de "constataciones contradictorias"[456] en el sentido de que, por un lado, el Canadá ha infringido los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD al mantener la suspensión de concesiones, y, por otro lado, en el de que el Canadá tiene derecho a mantener la suspensión de concesiones de conformidad con el párrafo 8 del artículo 22 porque la medida incompatible de las Comunidades Europeas no se ha suprimido.

201. El Canadá afirma, además, que el Grupo Especial no tuvo en cuenta el objeto y fin del ESD. Al examinar el artículo 23 aislándolo de otras disposiciones del ESD, el Grupo Especial llegó a constataciones que en última instancia menoscaban la eficacia del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. El resultado es que "un Miembro de la OMC que incumple puede evitar que otro Miembro proceda a una suspensión de concesiones debidamente autorizada simplemente adoptando una supuesta medida de aplicación, notificando esa medida al OSD y esperando a que se impugne".[457] A juicio del Canadá, ese resultado tendría por efecto menoscabar la retorsión autorizada por el OSD, restando así fuerza a un importante incentivo para que los Miembros pongan sus medidas en conformidad sin demora. El Canadá sostiene que sólo una ulterior determinación multilateral de cumplimiento formulada por el OSD puede dejar sin efecto la autorización previa del OSD para suspender concesiones. A juicio del Canadá, incumbe a las Comunidades Europeas iniciar un procedimiento de grupo especial -ya sea un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 o una acción *de novo* contra la suspensión de concesiones- para obtener esa determinación multilateral.

202. El Canadá sostiene además que el Grupo Especial, al examinar las alegaciones de las Comunidades Europeas en el marco de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD aisladamente de su examen del párrafo 8 del artículo 22, siguió erróneamente el orden de análisis propuesto por las Comunidades Europeas, a pesar de que ese orden es contrario al principio de la *lex specialis*, con

[456] *Ibid.*, párrafo 43.
[457] *Ibid.*, párrafo 47.

arreglo al cual los términos específicos de un tratado prevalecerán sobre las disposiciones generales.[458] La aplicación del principio de la *lex specialis* debería haber llevado al Grupo Especial a comenzar su análisis determinando si se habían satisfecho las condiciones para poner fin a la suspensión de concesiones enunciadas en el párrafo 8 del artículo 22. El Canadá critica al Grupo Especial por utilizar "dos formas distintas e incompatibles de identificar la medida de cumplimiento [de las Comunidades Europeas] en litigio".[459] Explica que el Grupo Especial, al examinar la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas, interpretó ampliamente el término "medida" que figura en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD, y reconoció que las palabras "hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" significan que se ha suprimido "la ilegalidad misma", y no sólo la medida impugnada inicialmente. En contraste, en su examen de la primera serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial basó su constatación de infracción de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD en el hecho de que las Comunidades Europeas habían notificado una medida que aún no había sido objeto de un procedimiento de solución de diferencias.

203. El Canadá critica también al Grupo Especial por hacer caso omiso de los antecedentes procesales del asunto. Según el Canadá, la Directiva 2003/74/CE debe situarse en el contexto posterior a la retorsión, y no debe considerarse como "una nueva medida *ab initio*".[460] Dado que el Canadá había obtenido la autorización del OSD para suspender concesiones, debería asignarse a las Comunidades Europeas la carga de demostrar que han cumplido a un grupo especial de la OMC. Las constataciones del Grupo Especial de que el Canadá ha infringido los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 llevan a una interpretación "manifiestamente absurda o irrazonable" en el sentido de que la mera adopción y notificación de una supuesta medida de aplicación por un Miembro de la OMC, que no se puso en conformidad dentro del plazo prudencial, podría hacer que la suspensión de concesiones autorizada por el OSD fuera incompatible con el ESD. El Canadá afirma que la constatación del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 priva de efecto a las prescripciones sustantivas enunciadas en el párrafo 8 del artículo 22 por lo que respecta a la suspensión de concesiones, en contradicción con el principio de efectividad que debe regir la interpretación de los tratados.

---

[458] *Ibid.*, párrafos 52-57. El Canadá se remite a la declaración del Órgano de Apelación en *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, de que "los grupos especiales tienen libertad para estructurar el orden de su análisis como estimen conveniente", pero "cabe la posibilidad de que ... les resulte útil tener en cuenta la forma en que un Miembro reclamante les presenta una alegación"; sin embargo, el Canadá sostiene que "los grupos especiales deben cuidarse de no seguir simplemente el orden de análisis solicitado por un demandante", que puede contener errores de derecho, especialmente si la relación entre dos disposiciones requiere una secuencia de análisis determinada. (*Ibid*., párrafos 54 y 55 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafos 109 y 126).)

[459] *Ibid.*, párrafo 63.

[460] *Ibid.*, párrafo 64.

2. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 23 del ESD

204. El Canadá sostiene que el Grupo Especial, aunque hubiera actuado debidamente al examinar aisladamente los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23, incurrió en error al constatar que el Canadá estaba "tratando de reparar" una infracción de las disposiciones de la OMC manteniendo la suspensión de concesiones con respecto a una medida que aún no había sido objeto de recurso al ESD. Según el Canadá, la constatación del Grupo Especial pasó por alto el hecho de que el Canadá había "recabado y obtenido"[461] la autorización del OSD para suspender concesiones como consecuencia de las incompatibilidades constatadas en *CE - Hormonas*, y que el Canadá no había adoptado ninguna medida para "tratar de reparar" cualquier supuesta incompatibilidad con la OMC de la presunta medida de aplicación de las Comunidades Europeas. El Canadá afirma asimismo que el mero hecho de que la Directiva 2003/74/CE sea una medida nueva no significa que el fundamento jurídico del mantenimiento por el Canadá de la suspensión de concesiones haya cambiado, y que la suspensión tenga ahora por objeto intentar la reparación de cualesquiera infracciones causadas por la Directiva 2003/74/CE. La suspensión de concesiones por el Canadá, al haber sido autorizada por el OSD, es, "por definición"[462], compatible con la OMC. A juicio del Canadá, "el Grupo Especial incurrió en error al considerar que supuestas incompatibilidades con la OMC de la presunta medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] eran los motivos por los que el Canadá mantenía la suspensión de concesiones en el presente caso".[463] A juicio del Canadá, ese resultado obraría gravemente en menoscabo de la seguridad y previsibilidad del sistema de solución de diferencias de la OMC, ya que los Miembros no podrían estar seguros de cuándo o por cuanto tiempo podrían apoyarse debidamente en una autorización del OSD para suspender concesiones.

3. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD

205. El Canadá alega además que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Canadá había formulado una determinación unilateral de que se había producido una infracción en relación con la Directiva 2003/74/CE, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23, basándose en las declaraciones que hizo el Canadá en las reuniones del OSD y en su mantenimiento

[461] *Ibid.*, párrafo 80.
[462] *Ibid.*, párrafo 84.
[463] *Ibid.*, párrafo 80. El Canadá añade que la constatación del Grupo Especial está viciada porque no se basa en la noción del acto ilícito (*ibid.*, párrafo 81 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Embarcaciones comerciales*, párrafo 7.188)), sino en la noción de "omisión, en virtud de la cual, la inacción del Canadá, es decir, el hecho de que no pusiera fin a su suspensión de concesiones tras las notificación de [la Directiva 2003/74/CE] se interpretaría como 'un intento de reparación' de una infracción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 23 del ESD" (*ibid.*, párrafo 81).

de la suspensión de concesiones. Según el Canadá, no hay en las declaraciones del Canadá en las reuniones del OSD un grado de "firmeza o de inmutabilidad" suficiente para que el Grupo Especial concluya que el Canadá había adoptado "una decisión más o menos definitiva" por lo que respecta a la incompatibilidad con la OMC de la Directiva 2003/74/CE.[464] El Canadá aduce también que, como había obtenido autorización del OSD para suspender concesiones, no veía la necesidad de adoptar una decisión sobre la compatibilidad con la OMC de la Directiva 2003/74/CE, y que incumbía a las Comunidades Europeas demostrar que habían aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas*. Por consiguiente, el Grupo Especial constató erróneamente que el mantenimiento por el Canadá de la suspensión de concesiones "corrobora[ba]"[465] el hecho de que el Canadá había formulado una determinación de infracción en relación con la Directiva 2003/74/CE, porque lo que constituía el fundamento del mantenimiento por el Canadá de la suspensión de concesiones era la autorización del OSD, y no las opiniones sobre la compatibilidad con la OMC de la citada Directiva expresadas por el Canadá.

4. El alcance del mandato del Grupo Especial y la sugerencia del Grupo Especial

206. Por último, en caso de que el Órgano de Apelación confirmara la constatación del Grupo Especial de que el Canadá ha infringido los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD, el Canadá solicita al Órgano de Apelación que revoque la constatación del Grupo Especial de que no era competente para determinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. El Canadá explica que el Grupo Especial reconoció concretamente que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD lo obligaba a examinar, como condición previa a una constatación de infracción de esa disposición por el Canadá, la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. El Canadá considera además que esa constatación contradice la constatación del Grupo Especial formulada en el contexto de su examen de la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas. En ese contexto, el Grupo Especial constató que el Canadá no había infringido el párrafo 8 del artículo 22, porque las Comunidades Europeas no habían suprimido la incompatibilidad constatada en el asunto *CE - Hormonas*.

207. El Canadá solicita asimismo al Órgano de Apelación que revoque la sugerencia del Grupo Especial de que el Canadá recurra sin demora a las normas y procedimientos del ESD. Afirma que la sugerencia del Grupo Especial pasa por alto el hecho de que éste, en una parte anterior de su informe, realizó un amplio examen de la compatibilidad de la medida de aplicación de las Comunidades

[464] *Ibid.*, párrafos 87-89 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, nota 657 al párrafo 7.50; y se hace referencia a las declaraciones formuladas en las reuniones del OSD celebradas los días 7 de noviembre y 1º de diciembre de 2003).

[465] *Ibid.*, párrafo 91 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.224).

Europeas con el *Acuerdo MSF*. Esa recomendación tampoco contribuye a una "pronta solución" de la diferencia, como exige el párrafo 3 del artículo 3 del ESD, porque obligaría a examinar en un nuevo procedimiento de grupo especial una cuestión que ya se está tratando en el contexto del presente procedimiento. Por último, a juicio del Canadá, esa sugerencia está en contradicción con las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 8 del artículo 22 y su declaración de que estaba desempeñando una función similar a la de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. La sugerencia es también incompatible con el párrafo 2 del artículo 19 del ESD, porque reduce el derecho del Canadá a suspender concesiones de conformidad con la autorización del OSD.

5. Conclusión

208. En suma, el Canadá solicita al Órgano de Apelación que revoque las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD de que el Canadá estaba "tratando de reparar" una infracción y de que formuló una "determinación" de infracción con respecto a la Directiva 2003/74/CE. El Canadá solicita al Órgano de Apelación que, en lugar de ello, constate: i) que los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD no son aplicables a los casos en que, tras la adopción de una supuesta medida de aplicación después de transcurrido el plazo prudencial, un Miembro mantiene la suspensión de concesiones de conformidad con la autorización del OSD; ii) que el Canadá no ha actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 porque las Comunidades Europeas no han demostrado que se habían puesto en conformidad, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD; y iii) que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que estaba obligado por la manera en que las Comunidades Europeas presentaron sus dos alegaciones principales. En caso de que el Órgano de Apelación confirme las constataciones del Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD, el Canadá le solicita que revoque la constatación del Grupo Especial de que no era competente para determinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados, y que rechace la sugerencia de que el Canadá recurra sin demora a las normas y procedimientos del ESD.[466]

F. *Argumentos de las Comunidades Europeas - Apelado*

209. Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial constató correctamente que los Estados Unidos y el Canadá han infringido los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD al mantener la suspensión de concesiones después de la notificación de la Directiva 2003/74/CE, y solicitan al

[466] *Ibid.*, párrafos 99-101.

Órgano de Apelación que desestime las otras apelaciones del Canadá y los Estados Unidos "en su totalidad".[467]

210. Las Comunidades Europeas presentan dos argumentos preliminares. En primer lugar, observan que aparentemente los Estados Unidos y el Canadá no discuten que la Directiva 2003/74/CE es una "medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*. En segundo lugar, afirman que los Estados Unidos y el Canadá "pasan totalmente por alto"[468] el hecho de que la primera serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas incluía el párrafo 5 del artículo 21, pero no incluía el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Las Comunidades Europeas añaden que el error en el razonamiento del Grupo Especial fue pasar por alto el párrafo 5 del artículo 21, y no el párrafo 8 del artículo 22, como alegan los Estados Unidos y el Canadá, si bien ese error no menoscaba lo acertado de las conclusiones del Grupo Especial por lo que respecta a la infracción de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23.

1. La interpretación "armoniosa" de los artículos 21, 22 y 23 del ESD en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión

211. Las Comunidades Europeas sostienen que las disposiciones "generales y fundamentales"[469] del artículo 23 del ESD son aplicables, en una diferencia, a lo largo de toda la etapa de aplicación. Rechazan la distinción que el Canadá hace entre "una nueva medida *ab initio*" y "una medida destinada"[470] a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, así como la afirmación del Canadá de que los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 sólo son aplicables a una medida nueva. Las Comunidades Europeas sostienen que esa distinción no tiene fundamento en el texto de los Acuerdos abarcados. Recuerdan que el párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC* obliga a los Miembros a velar por la conformidad de sus leyes con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC, y sostienen que, a la luz de esa disposición, el sistema multilateral de solución de diferencias "se basa en el cumplimiento de buena fe y la presunción de la conformidad de las medidas adoptadas por los Miembros de la OMC"[471], lo que no cambia en la etapa de una diferencia posterior a la retorsión. Por tanto, aducen las Comunidades Europeas, cuando un Miembro ha adoptado una medida para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, incumbe al Miembro que suspende las concesiones demostrar la incompatibilidad con la OMC de la medida de aplicación.[472] La obligación general de demostrar que una medida es incompatible con la OMC no puede invertirse

[467] Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 148.
[468] *Ibid.*, párrafo 29.
[469] *Ibid.*, párrafo 36.
[470] *Ibid.*, párrafo 39 (donde se cita la comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 64).
[471] *Ibid.*, párrafo 40.
[472] *Ibid.*

simplemente porque el reclamante inicial haya adoptado medidas de retorsión. Las Comunidades Europeas sostienen además que el Canadá, al afirmar que "el párrafo 1 del artículo 23 atañe a medidas con respecto a las cuales no han tenido lugar procedimientos de solución de diferencias en la OMC"[473] en la práctica reduce el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo 23 y hace que dicho párrafo "en lo fundamental quede privado de sentido en la etapa de aplicación".[474]

212. Las Comunidades Europeas sostienen también que la interpretación de los artículos 21 y 22, a los que se hace referencia en los apartados b) y c) del párrafo 2 del artículo 23, no debe cambiar en función de la etapa en que se encuentre el proceso de solución de diferencias, incluso cuando la diferencia llega a la etapa posterior a la suspensión. Las Comunidades Europeas afirman que la *lex specialis* aplicable a su primera serie de alegaciones principales es el párrafo 5 del artículo 21, no el párrafo 8 del artículo 22, como aduce el Canadá. El párrafo 8 del artículo 22 "era parte de y contexto para"[475] la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas destacan que se debe suponer que la Directiva 2003/74/CE, en tanto medida destinada a cumplir, es compatible con los Acuerdos abarcados mientras no se demuestre otra cosa mediante un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Sostienen que un Miembro que suspende concesiones debe asegurarse de que la suspensión "cumple en todo momento las condiciones establecidas en el párrafo 8 del artículo 22".[476] Basándose en ello, aducen que la adopción de una medida destinada a cumplir activa las siguientes obligaciones de la parte reclamante inicial: i) poner fin a la suspensión de concesiones; ii) hacerse una opinión sobre si la medida declarada incompatible ha sido suprimida; y iii) recurrir al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, si estima que la medida destinada a cumplir no es compatible con los Acuerdos abarcados. Las Comunidades Europeas estiman que la forma en que entienden las obligaciones de los Miembros en la etapa posterior a la suspensión es resultado de una interpretación "armoniosa"[477] de los artículos 21, 22 y 23 del ESD, que da efecto a cada una de esas disposiciones. Destacan que el sistema de solución de diferencias de la OMC se basa en procedimientos contenciosos en los que un Miembro alega que una medida adoptada por otro Miembro es incompatible, y no es aplicable a solicitudes de confirmación en abstracto de la compatibilidad de una medida.

213. Las Comunidades Europeas sostienen que el objeto y fin del ESD, con arreglo a los párrafos 7 y 3 del artículo 3, es lograr una solución positiva y pronta de una diferencia. Por tanto, la sugerencia de los Estados Unidos y el Canadá de que pueden limitarse a esperar a que las Comunidades Europeas

[473] *Ibid.*, párrafo 43 (donde se cita la comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 38).
[474] *Ibid.*, párrafo 43.
[475] *Ibid.*, párrafo 51.
[476] *Ibid.*, párrafo 62.
[477] *Ibid.*, párrafo 36.

inicien una diferencia para demostrar la compatibilidad de su medida de aplicación obra en lo fundamental contra el objeto y fin del ESD. Las Comunidades Europeas destacan que, cuando se adopta una medida destinada a cumplir, el Miembro que suspende concesiones está obligado a dejar de aplicar la suspensión mientras cumple su deber de recurrir a los procedimientos de solución de diferencias conforme al párrafo 5 del artículo 21. Esa interpretación es coherente con la función del sistema de solución de diferencias, que es la de resolver diferencias y no la de mantener medidas de retorsión cuando una medida destinada a cumplir se adopta de buena fe. Las Comunidades Europeas discrepan del argumento de los Estados Unidos y el Canadá de que la interpretación de las Comunidades Europeas privaría de eficacia al párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Explican que, por el contrario, cuando se ha adoptado de buena fe una medida destinada a cumplir, como las Comunidades Europeas hicieron en este caso al adoptar la Directiva 2003/74/CE, no hay un interés legítimo en el mantenimiento de la suspensión de concesiones, porque la suspensión habría alcanzado su objetivo, y ya "no contribuye en absoluto a inducir al cumplimiento".[478] Las Comunidades Europeas sostienen además que permitir a un Miembro que mantenga la suspensión de concesiones a pesar de que se haya adoptado una medida destinada a cumplir en la práctica permite a ese Miembro "obtener por extorsión"[479] más de lo que tenía derecho a obtener en virtud de los Acuerdos abarcados. Al mantener la suspensión de concesiones, lo que "verdaderamente"[480] desean los Estados Unidos y el Canadá es que las Comunidades Europeas supriman la prohibición de las importaciones de carne tratada con hormonas, a pesar de que los Acuerdos abarcados no exigen la supresión de la prohibición siempre que ésta se base en una evaluación del riesgo compatible con el *Acuerdo MSF*. Por último, las Comunidades Europeas sostienen que su posición es coherente con el criterio adoptado en los artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[481], que exigen que las contramedidas se suspendan si el hecho internacionalmente ilícito ha cesado y la diferencia está sometida a un tribunal que está facultado para dictar decisiones vinculantes para las partes.[482]

214. Las Comunidades Europeas resumen su posición sobre la debida interpretación de los artículos 21, 22 y 23 como sigue. El hecho de que la suspensión de concesiones se hubiera autorizado, y posteriormente también aplicado, no cambia la interpretación y aplicación adecuadas de los artículos 21 y 23. El Miembro reclamante inicial sigue estando obligado a recurrir a un

[478] *Ibid.*, párrafo 81.
[479] *Ibid.*, párrafo 83.
[480] *Ibid.*, párrafo 84.
[481] Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (2001) (Prueba documental 136 presentada por las Comunidades Europeas al Órgano de Apelación), Artículo 52.3. El texto de los Artículos figura como anexo de la Resolución A/RES/56/83 de las Naciones Unidas, de 29 de enero de 2002 (Prueba documental 135 presentada por las Comunidades Europeas al Órgano de Apelación).
[482] Véase la comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 94-96.

procedimiento relativo al cumplimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 si discrepa de la existencia de una medida destinada a cumplir o de su compatibilidad con un Acuerdo abarcado. Si no lo hace, y se limita a esperar y seguir aplicando la suspensión de concesiones, está tratando de obtener reparación, y determinando unilateralmente que se ha producido una infracción con respecto a la medida de aplicación en el sentido del apartado a) del párrafo 2 y el párrafo 1 del artículo 23. En un caso así, el mantenimiento de la suspensión de concesiones es simultáneamente, *primero*, prueba de que el Miembro reclamante inicial discrepa de la existencia de la medida destinada a cumplir o de su compatibilidad con un Acuerdo abarcado, al tiempo que se niega a recurrir a un procedimiento relativo al cumplimiento con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 (formulando de ese modo una "determinación" de que la nueva medida es incompatible con la OMC) y, *segundo*, una infracción del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3, porque trata de obtener reparación tras su determinación unilateral de que la medida declarada incompatible con los Acuerdos abarcados no ha sido suprimida.

2. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 23 del ESD

215. Por lo que respecta a la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos están tratando de reparar una infracción, en el sentido del párrafo 1 del artículo 23, las Comunidades Europeas recuerdan la aseveración de los Estados Unidos de que el Grupo Especial recaracterizó erróneamente la suspensión de concesiones en el sentido de que ahora se dirige contra la Directiva 2003/74/CE. Las Comunidades Europeas afirman que esa aseveración carece de fundamento, porque los Estados Unidos no podían seguir manteniendo su suspensión de concesiones una vez que las Comunidades Europeas habían suprimido la Directiva 96/22/CE. El Grupo Especial confirmó la supresión de la Directiva 96/22/CE, y los Estados Unidos no han apelado contra esa constatación. Además, las Comunidades Europeas aducen que "los Estados Unidos pasan por alto que hay una presunción de cumplimiento de buena fe por parte de los Miembros de la OMC", y que la adopción de buena fe de una medida de aplicación "activa"[483] una obligación de poner fin a la suspensión de concesiones y obliga al Miembro reclamante a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 cuando hay desacuerdo sobre la compatibilidad con la OMC de la nueva medida. Las Comunidades Europeas observan, además, que "incluso los Estados Unidos reconocieron que estaban manteniendo su suspensión de concesiones contra la nueva medida".[484] Sostienen asimismo que, contrariamente a lo que afirman los Estados Unidos, la constatación del Grupo Especial no conduce a un resultado paradójico en el sentido de que la suspensión de concesiones autorizada puede ser al

[483] *Ibid.*, párrafo 104. (no se reproducen las cursivas)
[484] *Ibid.*, párrafo 106 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.219 a 7.221 y nota 438 a este último).

mismo tiempo compatible e incompatible con los Acuerdos abarcados. Más bien, aducen las Comunidades Europeas, la suspensión de concesiones fue inicialmente compatible con la OMC, y posteriormente se convirtió en incompatible con la OMC a la luz de la notificación de la Directiva 2003/74/CE y la supresión de la medida declarada incompatible con la OMC en *CE - Hormonas*, a saber, la Directiva 96/22/CE. Por tanto, el mantenimiento de la aplicación de sanciones en presencia de una medida de cumplimiento que el OSD no ha declarado incompatible con la OMC implica que un Miembro está tratando de reparar una infracción.

216. Por lo que respecta a la constatación del Grupo Especial de que el Canadá está tratando de reparar una infracción, en el sentido del párrafo 1 del artículo 23, las Comunidades Europeas discrepan del argumento del Canadá de que la notificación de la Directiva 2003/74/CE no modifica el fundamento jurídico de la suspensión de concesiones por el Canadá. Sostienen que, contrariamente a lo que afirma el Canadá, el párrafo 8 del artículo 22 del ESD no especifica que incumbe al demandado demostrar que ha suprimido la medida inicial. Según las Comunidades Europeas, "de indicar algo, lo que el párrafo 8 del artículo 22 parece indicar es que esa evaluación debe ser realizada por el Miembro reclamante, ya que es éste el que suspende concesiones".[485] Las Comunidades Europeas añaden que el uso en el texto inglés del modo pasivo en la frase "*[t]he suspension of concessions ... shall only be applied*" ("[l]a suspensión de concesiones ... sólo se aplicará") parece indicar que el Miembro que suspende concesiones está obligado a poner fin a esas medidas cuando la medida inicial ha sido suprimida. Las Comunidades Europeas sostienen que, en cualquier caso, han demostrado efectivamente que la medida incompatible, a saber, la Directiva 96/33/CE, fue suprimida, y tanto el Grupo Especial como el Canadá reconocieron que la Directiva 2003/74/CE era una medida distinta.

3. Las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD

217. Por lo que respecta a la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos formularon una determinación en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23, las Comunidades Europeas consideran que la apelación de los Estados Unidos se basa en una "interpretación errónea de las constataciones del Grupo Especial", porque este último no formuló su constatación únicamente sobre la base de las declaraciones hechas por los Estados Unidos en las reuniones del OSD.[486] El Grupo Especial, en cambio, tuvo en cuenta las declaraciones hechas por los Estados Unidos en las reuniones del OSD y su decisión de mantener su suspensión de concesiones como *prueba* de que los Estados Unidos habían formulado una "determinación" prohibida por el párrafo 2 a) del artículo 23

[485] *Ibid.*, párrafo 114.
[486] *Ibid.*, párrafo 119.

del ESD.[487] Las Comunidades Europeas discrepan de los Estados Unidos respecto a que la declaración hecha en las reuniones del OSD no era definitiva. Por el contrario, los Estados Unidos expresaron un "*juicio definitivo*"[488] por lo que respecta a la compatibilidad con la OMC de la Directiva 2003/74/CE. Las Comunidades Europeas rechazan el argumento de los Estados Unidos de que no podían haber formulado una determinación en un plazo de semanas desde la notificación de la Directiva 2003/74/CE, y sostienen a su vez que el término "determinación" no tiene ninguna connotación temporal. Las Comunidades Europeas discrepan también de la opinión de los Estados Unidos de que el Grupo Especial dedujo la existencia de una "determinación" a partir de la falta de acción. Según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos "consideraron activamente" que la Directiva 2003/74/CE era incompatible con la OMC, y "mantuvieron activamente" la suspensión de concesiones.[489] Las Comunidades Europeas sostienen además que, si bien los negociadores del ESD hicieron referencia al artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos, de 1974, lo hicieron como un ejemplo que no se pretendía representara una ilustración exhaustiva de los tipos de conducta unilateral prohibidos por el artículo 23. Las Comunidades Europeas, además, rechazan la afirmación de los Estados Unidos de que las declaraciones hechas en las reuniones del OSD tienen carácter diplomático y no tienen efectos jurídicos, y se remiten a la observación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)* de que determinadas declaraciones del Gobierno de los Estados Unidos indicaban que estaba adoptando una medida a efectos del cumplimiento.[490] Las Comunidades Europeas observan asimismo que las declaraciones de los Estados Unidos en las reuniones del OSD tuvieron lugar en el contexto particular del intento de reparación de una infracción mediante el mantenimiento de la aplicación de sanciones contra las Comunidades Europeas. Rechazan también el argumento de los Estados Unidos de que el Grupo Especial no estableció cuándo los Estados Unidos habían hecho una determinación en infracción del párrafo 2 a) del artículo 23. A juicio de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial observó debidamente que el plazo dentro del que un Miembro tiene que recurrir al ESD de conformidad con el artículo 23 "no era una cuestión sometida a la consideración del Grupo Especial".[491]

218. Las Comunidades Europeas aducen también que el Grupo Especial constató correctamente que el Canadá formuló una determinación de que se había producido una infracción en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23. Sostienen que las declaraciones del Canadá en las reuniones del OSD de

[487] *Ibid.*, párrafo 122. (las cursivas figuran en el original)
[488] *Ibid.*, párrafo 126. (las cursivas figuran en el original)
[489] *Ibid.*, párrafo 133. (no se reproducen las cursivas)
[490] *Ibid.*, párrafo 131 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 204).
[491] *Ibid.*, párrafo 134 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.232).

que no procedería a suprimir la suspensión de concesiones, junto con el hecho de que hubiera mantenido dicha suspensión, confieren un grado suficiente de firmeza o de inmutabilidad que indica que el Canadá adoptó una decisión más o menos definitiva por lo que respecta a la incompatibilidad con la OMC de la Directiva 2003/74/CE. Las Comunidades Europeas explican que, como habían notificado una medida nueva, que era distinta tanto jurídicamente como en su contenido, el Canadá tenía que adoptar una decisión definitiva con respecto a su conformidad con los Acuerdos de la OMC, cosa que hizo (tal como lo confirman sus declaraciones y el mantenimiento de la suspensión de concesiones, así como la conclusión a la que llegó el Grupo Especial), por lo que el Canadá formuló una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 sin recurrir al ESD.

4. El alcance del mandato del Grupo Especial y la sugerencia del Grupo Especial

219. Por último, las Comunidades Europeas reiteran que el Grupo Especial, al hacer caso omiso de la secuencia de las alegaciones jurídicas formuladas por las Comunidades Europeas, se excedió de su mandato al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 7 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.[492] Las Comunidades Europeas reiteran además su solicitud de que el Órgano de Apelación mejore la sugerencia del Grupo Especial -de que los Estados Unidos y el Canadá recurran a las normas y procedimientos del ESD- declarando expresamente que deben recurrir al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 y poner fin sin demora a la suspensión de concesiones.

G. *Argumentos de los terceros participantes*

1. Australia

a) Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público

220. Australia apoya la solicitud presentada por los participantes de que se autorice la observación de la audiencia por el público en este procedimiento. Considera que aumentar la transparencia de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC puede aumentar la credibilidad del sistema de solución de diferencias, y respalda los argumentos de los participantes sobre el valor de las audiencias abiertas al público. Australia sostiene que a pesar de que la primera frase del párrafo 10 del artículo 17 "parecería excluir la posibilidad de solicitar que las audiencias del Órgano de Apelación se celebren en público", esa disposición debe leerse en conjunción con otras disposiciones del ESD, en especial la segunda frase de ese mismo párrafo, el párrafo 14 del artículo 17 y el párrafo 2 del

[492] Véase *supra*, párrafos 55-58.

artículo 18.[493] Según Australia, "para que pueda atribuirse sentido a esas otras disposiciones, la prohibición aparentemente establecida en la primera frase del párrafo 10 del artículo 17 no puede tener carácter absoluto".[494] Australia observa que la segunda frase del párrafo 10 del artículo 17 da por supuesto que los informes del Órgano de Apelación contendrán información concerniente a las declaraciones y argumentos de las partes suficiente para proporcionar una base para las constataciones del Órgano de Apelación. Añade que la prescripción del párrafo 14 del artículo 17 de que los informes del Órgano de Apelación se distribuyan a los Miembros de la OMC antes de la adopción "no sería posible si la primera frase del párrafo 10 del artículo 17 impusiera un requisito de confidencialidad absoluta".[495] Australia hace también referencia al párrafo 2 del artículo 18 del ESD, y afirma que no hay ninguna diferencia entre que las partes revelen sus declaraciones publicándolas al mismo tiempo en un sitio Web, y que las revelen haciéndolas en una audiencia abierta al público. Por último, Australia observa que al no haber en el ESD ninguna prohibición expresa que excluya las audiencias abiertas al público, el Órgano de Apelación debe aceptar la solicitud de los participantes, lo que "estaría plenamente en consonancia con el objeto y fin del ESD".[496]

b) Artículos 21, 22 y 23 del ESD

221. Australia sostiene que aunque el ESD no establece expresamente procedimientos que deban seguirse en la etapa de una diferencia posterior a la retorsión, los actos de las partes deben guiarse por los dos principios fundamentales siguientes: i) el de la determinación multilateral de incumplimiento; y ii) el de que la obligación de acreditar una presunción *prima facie* recae sobre la parte que afirma el incumplimiento.

222. Australia afirma que el párrafo 1 del artículo 23 del ESD establece una obligación general de que los Miembros recurran a las normas y procedimientos del ESD, incluido el párrafo 5 del artículo 21 de dicho Acuerdo. Destaca que este último párrafo es la disposición que regula los casos de desacuerdo sobre la compatibilidad con la OMC de una medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, y añade que se aplica también a los desacuerdos sobre si una medida incompatible ha sido suprimida en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Por tanto, Australia comparte la opinión de las Comunidades Europeas de que el desacuerdo sobre si la Directiva 2003/74/CE suprimió la medida declarada incompatible con los acuerdos abarcados en el asunto *CE - Hormonas* debería haberse resuelto mediante el recurso a un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. Basándose en ello, Australia sostiene que el Grupo Especial

[493] Observaciones de Australia sobre la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes, página 1.
[494] *Ibid.*, página 2.
[495] *Ibid.*
[496] *Ibid.*

incurrió en error al constatar que el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD puede ser simplemente uno de los mecanismos disponibles.

223. Australia observa que el ESD nada dice sobre si la suspensión de concesiones debe cesar cuando se plantean diferencias relativas a la supresión de una medida incompatible en el sentido del párrafo 8 del artículo 22. Según Australia, un Miembro tiene la opción de mantener la suspensión de concesiones en espera del resultado del procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. Aunque reconoce que dicho párrafo no aborda expresamente la cuestión de qué parte puede iniciar un procedimiento al amparo de esa disposición, Australia aduce que el Grupo Especial incurrió en error al apoyarse en el informe no adoptado del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* para constatar que "el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 [no está] abierto solamente al reclamante inicial".[497]

224. Australia observa que los grupos especiales no pueden pronunciarse sobre alegaciones no formuladas por la parte reclamante. Aduce que ninguna de las disposiciones del *Acuerdo MSF* estaba incluida en el mandato del Grupo Especial, y que el Grupo Especial no era competente para examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con dicho Acuerdo. Australia sostiene que permitir alegaciones al amparo del *Acuerdo MSF* en esta diferencia invertiría en la práctica la carga de la prueba entre las partes, y "es incompatible con el principio fundamental ... de que la carga de acreditar una presunción *prima facie* recae sobre la parte que afirma el incumplimiento de un Acuerdo abarcado".[498]

c) La selección de expertos realizada por el Grupo Especial

225. Australia está de acuerdo con el argumento de las Comunidades Europeas de que los grupos especiales deben respetar las debidas garantías procesales tanto al seleccionar expertos como al consultarlos. Sostiene que la equidad fundamental y las debidas garantías procesales "afectan a todos los aspectos del proceso de solución de diferencias en la OMC, incluido el recurso a expertos por el Grupo Especial".[499] Australia sostiene seguidamente que el principio de las debidas garantías procesales también informa el artículo 11 y el párrafo 2 del artículo 13 del ESD, así como el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF*, y que un grupo especial, al seleccionar expertos y consultarles con

[497] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero participante, párrafos 11-13 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.355; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.353).
[498] *Ibid.*, párrafo 25.
[499] *Ibid.*, párrafo 48.

arreglo a esas disposiciones, está "obligado a asegurarse que se respeten las debidas garantías procesales".[500]

226. Citando la constatación del Órgano de Apelación, en *Estados Unidos - Ley de 1916*, de que las facultades discrecionales de reconocer derechos más amplios de participación a los terceros "por ejemplo, están circunscritas por los requisitos que impone el respeto de las garantías de procedimiento debidas"[501], Australia sostiene que las facultades discrecionales de un grupo especial por lo que respecta al uso de expertos con arreglo al párrafo 2 del artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* debe estar igualmente circunscrita por las prescripciones de las debidas garantías procesales. Esas garantías, aduce Australia, exigen que los grupos especiales "recaben y tengan *plenamente* en cuenta las opiniones de las partes sobre los tipos de expertos que se necesitan y la idoneidad de cada uno de ellos".[502] También deberán tener plenamente en cuenta las opiniones de las partes sobre el contenido del asesoramiento que haya de recabarse de los expertos, y no solicitar a ningún experto en particular asesoramiento sobre cuestiones no comprendidas en su ámbito de competencia. Los Miembros de la OMC han reconocido en las *Normas de Conducta* que los expertos tienen que ser "independientes e imparciales" y deberán "evitar todo conflicto de intereses directo o indirecto".[503]

d) Párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

227. Australia afirma que el *Acuerdo MSF* equilibra el derecho a adoptar medidas para proteger la salud de las personas y los animales y preservar los vegetales con los objetivos de liberalización del comercio de la OMC. Añade que "ese equilibrio no puede mantenerse si los grupos especiales no aplican las normas de examen adecuadas".[504] Por consiguiente, Australia está de acuerdo con las Comunidades Europeas en que la aplicación por los grupos especiales de la norma de examen adecuada es fundamental para su evaluación de la compatibilidad de la medida adoptada por un Miembro con las obligaciones que le corresponden en virtud del *Acuerdo MSF*. La norma de examen aplicable en el presente caso atañe a la naturaleza y la intensidad con la que corresponde hacer el examen detallado de la evaluación por un grupo especial de una resolución normativa de un Miembro o de una evaluación realizada por un órgano competente al que ese Miembro haya recurrido. La norma de examen contempla las circunstancias límite en las que un grupo especial puede interferir legítimamente en esa resolución o evaluación fáctica. Como ha explicado el Órgano de Apelación, la

[500] *Ibid.*, párrafo 49.
[501] *Ibid.*, párrafo 50 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Ley de 1916*, párrafo 150).
[502] *Ibid.*, párrafo 51. (las cursivas figuran en el original)
[503] *Ibid.*, párrafo 51.
[504] *Ibid.*, párrafo 28.

norma de evaluación objetiva de los hechos establecida en el artículo 11 del ESD "excluye [tanto] un examen *de novo* como una 'deferencia total' por un grupo especial a las constataciones de una autoridad nacional".[505] Australia también está de acuerdo con las Comunidades Europeas en que la norma de examen que corresponde aplicar en una diferencia dada estará regida "tanto por el artículo 11 del ESD como por el Acuerdo o Acuerdos particulares abarcados y las obligaciones de que se trate".[506] Australia aduce que esto está respaldado por la constatación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)* de que la norma de examen que un grupo especial ha de aplicar debe "entenderse también a la luz de las obligaciones concretas de los acuerdos de que se trate en el caso".[507]

228. Australia sostiene que la norma de examen que los grupos especiales han de aplicar "puede variar en función de las distintas obligaciones establecidas en el *Acuerdo MSF*", y debe reflejar "el equilibrio entre la autonomía en materia de reglamentación y la supervisión internacional"[508] que se refleja en dicho Acuerdo. A juicio de Australia, la limitación más significativa impuesta por el texto del *Acuerdo MSF* a la competencia de un grupo especial por lo que respecta al establecimiento de los hechos figura en el párrafo 1 del artículo 5. El párrafo 1 del artículo 5 impone "a los Miembros una obligación positiva de obtener una evaluación del riesgo que sea adecuada a las circunstancias y de apoyarse en ella".[509] Esa obligación exige que "un proceso riguroso de investigación y establecimiento de los hechos *preceda inexcusablemente*"[510] a todo examen por un grupo especial de la OMC de la medida sanitaria o fitosanitaria pertinente. En consecuencia, un grupo especial no puede "usurpar la función de un evaluador del riesgo"[511] realizando por sí mismo esa evaluación, porque si lo hace "anularía"[512] la competencia que los Miembros se reservan con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y su evaluación equivaldría a un examen *de novo* incompatible con el artículo 11 del ESD. Según Australia, los grupos especiales deben mostrar "considerable deferencia (pero no una deferencia total)" a la evaluación del riesgo realizada por un Miembro cuando ese Miembro ha efectuado una evaluación del riesgo "completa y transparente".[513] Esto es coherente con la prescripción del párrafo 1 del artículo 5 de que la evaluación del riesgo sea "adecuada a las circunstancias". Esa prescripción sugiere que los evaluadores del riesgo puedan ajustar su evaluación

[505] *Ibid.*, párrafo 30 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 117).
[506] *Ibid.*, párrafo 31 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 224).
[507] *Ibid.*, párrafo 31 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda VI (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 92).
[508] *Ibid.*, párrafo 34.
[509] *Ibid.*, párrafo 35.
[510] *Ibid.*, párrafo 36. (las cursivas figuran en el original)
[511] *Ibid.*, párrafo 36.
[512] *Ibid.*
[513] *Ibid.*

a las circunstancias específicas de un caso, y que un grupo especial no puede tratar de escoger entre esa evaluación del riesgo y una evaluación alternativa que no esté "similarmente arraigada"[514] en las circunstancias específicas.

229. Australia sostiene que cuando los testimonios científicos disponibles pueden ser susceptibles de más de una interpretación por una "fuente competente y respetada"[515], el grupo especial debe respetar la evaluación del riesgo realizada por un Miembro, incluso cuando pueda parecer que la opinión preferida por el propio grupo especial esté respaldada por el "peso 'preponderante' de las pruebas".[516] Por consiguiente, el grupo especial no debe interferir en la evaluación del riesgo de un Miembro únicamente porque podría haber llegado a conclusiones distintas basándose en las pruebas disponibles, y deberá limitar el ámbito de su examen a determinar si "la decisión del evaluador del riesgo [es] objetiva y creíble".[517] Por esas razones, Australia está de acuerdo con las Comunidades Europeas en que en esta diferencia el Grupo Especial interpretó y aplicó incorrectamente la norma de examen adecuada prevista en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Aunque el Grupo Especial tal vez pudo sacar provecho de la obtención de opiniones científicas divergentes para comprender mejor el fondo del asunto, no podía ponerse deliberadamente en una posición que lo llevara a escoger la opinión científica que prefiriese. Sin embargo, las diversas declaraciones del Grupo Especial sugieren que éste consideró erróneamente que su función era "escoger una posición entre las distintas opiniones científicas".[518] El Grupo Especial afirmó, por ejemplo, que "su situación era similar"[519] a la de un evaluador del riesgo, y que "[siguió] a la mayoría de los expertos que expresaban opiniones concurrentes" o aceptó las opiniones "más específicas" o que "tenían más apoyo"[520] entre los expertos. Australia sostiene que el Grupo Especial debería haberse centrado en "si la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas representaba una opinión objetiva y creíble"[521] de una fuente competente y respetada.

230. Australia sostiene además que una determinada evaluación del riesgo puede respaldar una gama de posibles medidas, y que queda al arbitrio de los Miembros la selección de la medida más adecuada para hacer frente a un riesgo en particular, "teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes

---

[514] *Ibid.*, párrafo 37.
[515] *Ibid.*, párrafo 38 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 194).
[516] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Amianto*, párrafo 178).
[517] *Ibid.*, párrafo 39.
[518] *Ibid.*, párrafo 42.
[519] *Ibid.*, párrafo 41 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.418; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.409).
[520] *Ibid.*, párrafo 42 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.420; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.411).
[521] *Ibid.*, párrafo 42.

y su nivel adecuado de protección".[522] Australia sostiene que la "importancia fundamental de los objetivos no comerciales de las medidas sanitarias o fitosanitarias" justifica que los grupos especiales muestren "considerable deferencia"[523] a la adopción de decisiones por los Miembros en materia de reglamentación, especialmente cuando los testimonios científicos respaldan más de una interpretación creíble.

231. Australia comparte también las preocupaciones de las Comunidades Europeas por lo que respecta a la pertinencia atribuida por el Grupo Especial a la existencia de normas internacionales respecto de cuatro de las hormonas objeto de la prohibición provisional. Aunque las normas internacionales pueden ser pertinentes al interpretar las disposiciones del *Acuerdo MSF*, no son "dispositivas"[524] del sentido de esas disposiciones, y no deben ser "elevadas"[525] a la categoría de obligaciones vinculantes dimanantes de un tratado. Por esa razón, Australia conviene con las Comunidades Europeas en que la existencia de normas internacionales no es "determinante de si hay testimonios suficientes para realizar una evaluación del riesgo con arreglo a la primera prescripción del párrafo 7 del artículo 5".[526] Australia considera que el enfoque adoptado por el Grupo Especial no tuvo debidamente en cuenta el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*, que permite a los Miembros adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias que den lugar a un nivel de protección más elevado del que se lograría a través de medidas basadas en las normas internacionales pertinentes.

2. Brasil

a) Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público

232. El Brasil está "en total desacuerdo"[527] con la solicitud de los participantes de que el Órgano de Apelación permita la observación de la audiencia por el público en este procedimiento.

233. El Brasil observa que el término "*proceedings*" ("actuaciones") se define como "*the business transacted by a court*" ("los asuntos tratados por un tribunal")[528], mientras que "*deliberations*" ("deliberaciones") se define como "*careful consideration, weighing up with a view to decision*; ...

---

[522] *Ibid.*, párrafo 44 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.1525).

[523] *Ibid.*, párrafo 45.

[524] *Ibid.*, párrafo 54 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafos 7.241, 7.300 y 7.314).

[525] *Ibid.*, párrafo 54.

[526] *Ibid.*, párrafo 55 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 392 y 393).

[527] Observaciones del Brasil sobre la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes, párrafo 2.

[528] *Ibid.*, párrafo 7 (donde se hace referencia a *The New Shorter Oxford English Dictionary*, 1990, página 1204).

consideration and discussion of a question by a legislative assembly, *a committee*, *etc*.; *debate*" ("consideración cuidadosa, ponderación con miras a adoptar una decisión; ... consideración y discusión de una cuestión por una asamblea legislativa, un comité, etc.; debate").[529] Según el Brasil, el sentido corriente deja fuera de toda duda que los términos "*proceedings*" y "*deliberations*" "no son intercambiables", y que "*proceedings*" es un concepto mucho más amplio que "*deliberations*" y abarca este último y una amplia gama de pasos dados por los Miembros o tramitados por el Órgano de Apelación, incluidas las audiencias.[530] El Brasil aduce además que la interpretación que los participantes hacen del término "*proceedings*" "es contraria a la jurisprudencia", y observa que en *Canadá - Aeronaves* el Órgano de Apelación interpretó que el término "*proceedings*" incluía "*the conduct of the oral hearing*" ("la celebración de la audiencia").[531] El Brasil observa, además, que el párrafo 1 de la Regla 27 de los *Procedimientos de trabajo* "establece claramente que la audiencia es parte de las actuaciones en apelación".[532]

234. El Brasil afirma que, a la luz del sentido corriente del párrafo 10 del artículo 17, la jurisprudencia y los *Procedimientos de trabajo*, nada permite constatar que las "actuaciones" se limitan a la "labor interna" y excluyen las audiencias, como alegan los participantes.[533] Considera, por consiguiente, que la primera frase del párrafo 10 del artículo 17 "debe interpretarse en el sentido de que exige la confidencialidad de cualesquiera comunicaciones escritas, memorandos jurídicos, respuestas escritas a las preguntas, declaraciones orales, audiencias, deliberaciones, intercambios de opiniones y todos los trabajos internos del Órgano de Apelación"[534], por lo cual la apertura al público de las audiencias en la etapa del examen en apelación es incompatible con las normas comerciales multilaterales, a pesar de los esfuerzos de los participantes por demostrar lo contrario.

235. El Brasil no cree que el párrafo 2 del artículo 18 respalde la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes. En su opinión, el párrafo 2 del artículo 18 otorga a las partes el derecho a revelar sus propias declaraciones al público. Según el Brasil, los participantes no han demostrado en qué modo un derecho otorgado por el párrafo 2 del artículo 18 a los Miembros puede modificar la obligación establecida en el párrafo 10 del artículo 17, obligación que es aplicable no sólo a los Miembros de la OMC, sino también al Órgano de Apelación. El Brasil advierte que aceptar la solicitud de los participantes "llevaría a la conclusión absurda de que las partes

[529] *Ibid.*, párrafo 8 (donde se hace referencia a *The New Shorter Oxford English Dictionary*, cuarta edición, L. Brown (editor) (Clarendon Press, 1993), página 624).
[530] *Ibid.*, párrafo 9.
[531] *Ibid.*, párrafo 10 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Aeronaves*, párrafo 143).
[532] *Ibid.*, párrafo 11.
[533] *Ibid.*, párrafo 12 (donde se hace referencia a la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 15).
[534] *Ibid.*, párrafo 12.

en una diferencia pueden, por mutuo consentimiento, derogar normas multilaterales".[535] Añade que en ese sentido el "mutuo consentimiento" sería una "autorización irrestricta" a algunos Miembros para alcanzar objetivos no necesariamente permitidos por las normas acordadas multilateralmente; de hecho, el "mutuo consentimiento", si fuera *contra legem*, socavaría totalmente la finalidad de un marco multilateral.

236. Por último, el Brasil observa que la transparencia es una cuestión que se está debatiendo en las negociaciones sobre el examen del ESD. Sostiene que a la luz de las distintas posiciones de los Miembros respecto de esta cuestión, así como de su repercusión en el funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias, "la facultad de adoptar una decisión de abrir o no abrir al público las actuaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación debe corresponder a los Miembros de la OMC en su conjunto, y no introducirse por la 'puerta trasera' como consecuencia de una serie de 'solicitudes independientes'".[536]

b) Artículos 21, 22 y 23 del ESD

237. El Brasil afirma que el Grupo Especial incurrió en error al analizar las alegaciones de las Comunidades Europeas en el marco del párrafo 5 del artículo 21 y los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD "aislándolos completamente" del contexto de esta diferencia posterior a la suspensión y del "incumplimiento sistémico" por las Comunidades Europeas. Considera asimismo que el Grupo Especial incurrió en error al aceptar, al menos en parte, el argumento de las Comunidades Europeas de que esta diferencia atañe a una infracción de procedimiento. Según el Brasil, la diferencia no debe centrarse en las medidas de retorsión adoptadas por los Estados Unidos y el Canadá, sino seguir centrada en si las Comunidades Europeas han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas*. El Brasil observa que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD establece tres condiciones que han de satisfacerse antes de que se requiera la terminación de la suspensión de concesiones, siendo la primera la supresión de la medida incompatible. Sostiene que como no se ha cumplido ninguna de las condiciones establecidas en el párrafo 8 del artículo 22, la autorización para suspender concesiones otorgada por el OSD a los Estados Unidos y el Canadá sigue vigente. A juicio del Brasil, "la autorización multilateral de suspender concesiones sólo puede ser revocada por una resolución igualmente *multilateral*".[537]

---

[535] *Ibid.*, párrafo 17.

[536] *Ibid.*, párrafo 18 (donde se hace referencia a la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por el Canadá, párrafo 20).

[537] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 12. (las cursivas figuran en el original)

238. El Brasil discrepa de la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá, al mantener la suspensión de concesiones autorizada multilateralmente después de la adopción de la Directiva 2003/74/CE, estaban tratando de reparar una infracción, en el sentido del párrafo 1 del artículo 23 del ESD. Según el Brasil, la declaración unilateral de las Comunidades Europeas de que su medida de aplicación satisface las recomendaciones y resoluciones del OSD, o la supuesta presunción de cumplimiento de buena fe, no pueden convertir la suspensión de concesiones autorizada por el OSD en una medida ilícita. El Brasil añade que la autorización para suspender concesiones estaba en vigor en la fecha de la declaración de las Comunidades Europeas, y que los Estados Unidos y el Canadá "estaban simplemente ejerciendo un derecho debida y anteriormente autorizado".[538] El Brasil está asimismo en desacuerdo con la interpretación del Grupo Especial del término "determinación" que figura en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Observando que las "determinaciones" prohibidas por el párrafo 2 a) del artículo 23 son las evaluaciones unilaterales del tipo examinado en la diferencia *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio*[539], el Brasil afirma que esa disposición no se ha concebido de modo que abarque las "simples intervenciones y declaraciones hechas en reuniones del OSD u otras reuniones de la OMC".[540] Añade que no puede considerarse que la suspensión de concesiones, autorizada por el OSD y obtenida previo recurso al procedimiento de solución de diferencias, es una "determinación" unilateral.

239. Por lo que respecta al análisis del Grupo Especial en el marco del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, el Brasil está de acuerdo con el Grupo Especial en que debe entenderse que la supresión de la medida declarada incompatible exige un cumplimiento sustantivo. Por consiguiente, aduce el Brasil, el análisis de la Directiva 2003/74/CE realizado por el Grupo Especial a la luz del *Acuerdo MSF* es de "capital importancia para llegar a una solución efectiva de la diferencia".[541] El Brasil considera a ese respecto que los grupos especiales están facultados para examinar cuestiones o disposiciones jurídicas no incluidas en el mandato en la medida necesaria para llegar a una pronta solución de la diferencia.

240. El Brasil afirma, por último, que en la etapa de una diferencia posterior a la retorsión incumbe al demandado inicial la carga de demostrar que su medida de aplicación es compatible con la OMC. Según el Brasil, una vez otorgada a un Miembro, con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, una autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, se ha llegado a un punto de inflexión en los procedimientos establecidos en el ESD. Por tanto, aduce el Brasil, cuando el demandado inicial

[538] *Ibid.*, párrafo 18.
[539] *Ibid.*, párrafo 21 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio*, nota 657 al párrafo 7.50).
[540] *Ibid.*, párrafo 21.
[541] *Ibid.*, párrafo 29.

no ha cumplido las normas de la OMC durante un prolongado período de tiempo, a pesar de las recomendaciones y resoluciones del OSD, la carga de acreditar una presunción *prima facie* de cumplimiento recae sobre esa parte. El Brasil sostiene que esto "no sería una carga desproporcionada" para la parte que no ha cumplido, porque en la etapa "posterior a la retorsión" ese Miembro "habrá mantenido una medida incompatible durante muchos años, y esto es algo que el sistema de solución de diferencias debería tener en cuenta".[542] El Brasil también opina que el demandado inicial puede iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 para establecer el cumplimiento. Aduce que esa interpretación es coherente con las razones en que se basa el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, que asigna al demandado inicial la carga de demostrar que el ESD no justifica el nivel de suspensión de concesiones propuesto por el Miembro reclamante.

3. China

241. De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*, China optó por no presentar una comunicación en calidad de tercero participante.

242. China sostiene que el Órgano de Apelación debe rechazar la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes. Discrepa de la interpretación que dan los participantes del término "actuaciones" que figura en el párrafo 10 del artículo 17. Afirma que los redactores del ESD utilizaron con conocimiento de causa términos distintos, "deliberaciones" y "actuaciones", en el párrafo 1 del artículo 14 y el párrafo 10 del artículo 17, respectivamente. China no cree que el término "actuaciones" que figura en el párrafo 10 del artículo 17 se refiera "únicamente a la labor interna del Órgano de Apelación".[543] Observa que el término "*proceedings*" (en este caso "procedimiento" en el texto español) se utiliza también en el párrafo 5 del artículo 17 del ESD, en el que se estipula que "la duración del procedimiento entre la fecha en que una parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar y la fecha en que el Órgano de Apelación distribuya su informe no excederá de 60 días". El párrafo 12 del artículo 17 estipula que el Órgano de Apelación "examinará cada una de las cuestiones planteadas de conformidad con el párrafo 6 en el procedimiento de apelación". Esas disposiciones no proporcionan apoyo contextual a la interpretación del término "*proceedings*" propuesta por los participantes. A juicio de China, la prescripción del párrafo 10 del artículo 17 de que las actuaciones del Órgano de Apelación tengan carácter confidencial debe interpretarse en el sentido de que sólo los participantes y los terceros participantes pueden estar presentes en la audiencia, y de que todas las comunicaciones escritas al Órgano de Apelación deben tratarse como confidenciales.

[542] *Ibid.*, párrafo 34.
[543] Observaciones de China sobre la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes, página 1.

243. China afirma además que la finalidad de la audiencia es dar a todos los participantes una oportunidad adecuada de presentar y defender sus argumentos ante la Sección con miras a aclarar las cuestiones jurídicas objeto de la apelación. Por consiguiente, considera que "la principal tarea de la Sección al tratar las cuestiones relacionadas con la audiencia es dar esa oportunidad a todos los participantes y asegurar sus derechos y obligaciones en el marco del actual ESD".[544] China insiste en que ninguna determinación del Órgano de Apelación en esta apelación "prejuzgará" la posición de los Miembros en las negociaciones en curso sobre el examen del ESD.[545]

4. India

244. La India subraya que el Órgano de Apelación debe rechazar la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes en este procedimiento. Sostiene que "la cuestión de la transparencia externa" se está debatiendo en las negociaciones sobre el examen del ESD, y que "esas negociaciones aún no han concluido, y no hay consenso sobre si la transparencia externa es aceptable, y en qué forma, para todos los Miembros de la OMC".[546] La India aduce que hasta que se alcance ese consenso las actuaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación deben tener lugar a puerta cerrada. Destaca que la confidencialidad de las actuaciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación prevista en el ESD es una cuestión 'sustantiva'"[547], y que cualquier decisión del Órgano de Apelación de abrir al público sus actuaciones conlleva necesariamente consultas y decisiones de los Miembros de la OMC, y no sólo de los participantes y los terceros participantes.

5. México

245. De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*, México optó por no presentar una comunicación en calidad de tercero participante.

246. México discrepa de la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes en el presente procedimiento. Señala que su posición se basa en el párrafo 10 del artículo 17 del ESD, que estipula que "[l]as actuaciones del Órgano de Apelación tendrán carácter confidencial".

[544] *Ibid.*, página 2.
[545] *Ibid.*
[546] Observaciones de la India sobre la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes, página 1.
[547] *Ibid.*

6. Nueva Zelandia

a) Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público

247. Nueva Zelandia apoya la solicitud de los participantes de que se permita la observación de la audiencia por el público en este procedimiento. Observa que la Regla 27 de los *Procedimientos de trabajo*, que regula la audiencia, "no hace referencia alguna a la confidencialidad".[548] Observa además que el ESD no menciona las audiencias en la etapa del Órgano de Apelación, por lo que no excluye expresamente la apertura de tales audiencias. Nueva Zelandia está también de acuerdo con los participantes en que el párrafo 10 del artículo 17, "leído conforme a las reglas de interpretación de los tratados y en el contexto de otras disposiciones del ESD" no excluye la observación de la audiencia por el público. Por consiguiente, considera que la solicitud, conjunta de los participantes, de que se abra al público la audiencia del Órgano de Apelación en estas apelaciones unificadas no es incompatible con el ESD, los demás Acuerdos abarcados ni los *Procedimientos de trabajo*, ni está excluida por ellos.

b) Artículos 21, 22 y 23 del ESD

248. Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos y el Canadá han actuado de manera incompatible con los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD. A juicio de Nueva Zelandia, el Grupo Especial debería haber interpretado los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 en el contexto de las demás disposiciones del ESD, en particular el párrafo 8 del artículo 22, en el que se establecen tres condiciones que han de satisfacerse para que se ponga fin a la suspensión de concesiones. Nueva Zelandia sostiene que la primera condición enunciada en el párrafo 8 del artículo 22, que es la pertinente en la presente diferencia, alude a los casos en que la medida incompatible ha sido realmente suprimida, y no a aquellos en los que simplemente se alega que ha sido suprimida. Por tanto, sostiene Nueva Zelandia, como el Grupo Especial constató que las Comunidades Europeas no han suprimido la medida incompatible, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, los Estados Unidos y el Canadá tienen pleno derecho a mantener la suspensión de concesiones. Nueva Zelandia afirma que, en comparación, el artículo 23 es una "disposición marco en la que se establece la obligación de recurrir a la solución de diferencias"[549], y no es aplicable en la situación concreta de este caso, en el que los Estados Unidos y el Canadá ya han recurrido a los procedimientos de solución de diferencias. Nueva Zelandia añade que el párrafo 23 no impone a los

[548] Observaciones de Nueva Zelandia sobre la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes, página 1.

[549] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante, párrafo 3.21.

Estados Unidos y el Canadá la obligación de poner fin a la suspensión de concesiones o de recurrir a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21.

249. Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial, al formular su constatación de infracción en el marco de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD, no tuvo en cuenta el objeto y fin del Entendimiento, que es dar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Observa que la constatación del Grupo Especial lleva al resultado de que el Miembro autorizado a suspender concesiones deba poner fin a la suspensión cuando el Miembro que no ha cumplido notifique al OSD que ha adoptado una medida de aplicación y luego espera a que ésta sea impugnada. Nueva Zelandia añade que el enfoque adoptado por el Grupo Especial "daría lugar casi inevitablemente a casos en los que un Miembro al que incumbe la aplicación podría a voluntad imponer continuamente rondas sucesivas de litigios simplemente afirmando que ha cumplido"[550], menoscabando así la previsibilidad de la suspensión de concesiones y su importancia para inducir al pronto cumplimiento. Nueva Zelandia aduce asimismo que el examen de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 efectuado por el Grupo Especial aisladamente del párrafo 8 del artículo 22 "reduce" esta última disposición a "la redundancia o la inutilidad".[551]

250. Nueva Zelandia sostiene que la sugerencia del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá recurran sin demora a las normas y procedimientos del ESD "es simplemente insostenible".[552] Esa sugerencia socava la autorización para suspender concesiones que los Estados Unidos y el Canadá han obtenido del OSD. Esto es incompatible con el objetivo de "pronta solución" de las diferencias enunciado en el párrafo 3 del artículo 3 del ESD, porque daría lugar a un procedimiento "redundante", en el que un nuevo grupo especial examinaría "una cuestión que ya se estaba tratando en el contexto del presente procedimiento".[553]

c) Mandato

251. Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al afirmar que no era competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados. Sostiene que el Grupo Especial debería haber determinado expresamente si la Directiva 2003/74/CE era compatible con los Acuerdos abarcados, porque había hecho un examen de fondo de la Directiva y había concluido que las Comunidades Europeas no habían suprimido la medida cuya incompatibilidad con el *Acuerdo MSF* se había constatado en el asunto *CE - Hormonas*.

[550] *Ibid.*, párrafo 3.30.
[551] *Ibid.*, párrafo 3.36.
[552] *Ibid.*, párrafo 3.62.
[553] *Ibid.*, párrafo 3.62 (donde se cita la comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 96).

A juicio de Nueva Zelandia, el informe del Grupo Especial es lo suficientemente completo como para que el Órgano de Apelación determine expresamente si la Directiva 2003/74/CE es compatible con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

d) Párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

252. Nueva Zelandia discrepa "totalmente"[554] de los argumentos esgrimidos por las Comunidades Europeas con respecto a los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, porque "socavarían gravemente los principios y obligaciones"[555] establecidos en dicho Acuerdo. El *Acuerdo MSF* impone una prescripción "muy importante" de que las medidas sanitarias o fitosanitarias se elaboren y apliquen de manera "transparente, coherente, basada en la ciencia y mínimamente restrictiva del comercio"[556], y esta prescripción ocupa un lugar "eminente"[557] en la presente diferencia. Nueva Zelandia recuerda que el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* impone una obligación general de que las medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en principios científicos y no se mantengan sin testimonios científicos suficientes. Esa obligación encuentra aplicación específica en el párrafo 1 del artículo 5, que exige que las medidas sanitarias o fitosanitarias "se basen" en una evaluación del riesgo, lo cual, con arreglo a la interpretación del Órgano de Apelación, significa que tiene que haber una "relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo" en virtud de la cual los resultados de la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente las medidas sanitarias o fitosanitarias de que se trate.[558] A juicio de Nueva Zelandia, el Grupo Especial concluyó correctamente que la Directiva 2003/74/CE no se basaba en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5. Un examen general exhaustivo de todos los testimonios científicos pertinentes, basado en la experiencia y los conocimientos de un grupo de eminentes expertos científicos y técnicos, respaldaba las constataciones del Grupo Especial.

253. Nueva Zelandia afirma que la evaluación del riesgo en cuestión en la presente diferencia es del segundo tipo de evaluaciones del riesgo previstas en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, que están "destinadas a proteger de los riesgos derivados de los aditivos, los contaminantes, las toxinas o los organismos contenidos en productos alimenticios".[559] Nueva Zelandia recuerda que, con respecto a ese tipo de evaluaciones del riesgo, el Órgano de Apelación indicó en *CE - Hormonas* que un Miembro está obligado a "identificar los efectos perjudiciales para la salud de las personas (en su

[554] *Ibid.*, párrafo 3.42.
[555] *Ibid.*, párrafo 3.43.
[556] *Ibid.*, párrafo 3.44.
[557] *Ibid.*, párrafo 3.45.
[558] *Ibid.*, párrafo 3.46 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 193).
[559] *Ibid.*, párrafo 3.52.

caso) resultantes de la presencia de esos aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios", y "en caso de que existan tales efectos perjudiciales, evaluar la posibilidad o probabilidad de que se produzcan esos efectos".[560] El Órgano de Apelación constató también que "el 'riesgo' evaluado en una evaluación del riesgo tiene que ser verificable; 'la incertidumbre teórica no es el tipo de riesgo que ... se ha de evaluar'".[561] Nueva Zelandia se remite también a las constataciones del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Manzanas* de que el examen por un grupo especial de una medida en el marco del párrafo 1 del artículo 5 conllevaría también una evaluación de si la evaluación del riesgo era "adecuada a las circunstancias" y si en ella se habían tenido en cuenta "las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales competentes".[562] Nueva Zelandia recuerda además la constatación del Órgano de Apelación, en el asunto *CE - Hormonas*, de 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".[563] Nueva Zelandia concluye que, al igual que en *CE - Hormonas*, las Comunidades Europeas, "una vez más"[564], no han demostrado que la evaluación del riesgo en la que se basa la Directiva 2003/74/CE satisface las prescripciones del *Acuerdo MSF*.

254. Nueva Zelandia aduce que corresponde a las Comunidades Europeas, como Miembro que invoca el párrafo 7 del artículo 5, la carga de demostrar que se han satisfecho los cuatro requisitos del párrafo 7 del artículo 5, entre ellos el de que la medida se imponga en un caso en que los testimonios científicos pertinentes sean "insuficientes".[565] Nueva Zelandia se remite a la constatación del Órgano de Apelación de que esos cuatro requisitos son "acumulativos"[566] y de que cuando no se satisface cualquiera de ellos la medida impugnada es incompatible con el párrafo 7 del artículo 5. Nueva Zelandia afirma que las Comunidades Europeas no han demostrado que han satisfecho ninguno de los requisitos establecidos en el párrafo 7 del artículo 5 por lo que respecta a la Directiva 2003/74/CE.

---

[560] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 183). (no se reproducen las cursivas)

[561] *Ibid.*, párrafo 3.53 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 186).

[562] *Ibid.*, párrafo 3.54 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Japón - Manzanas*, párrafo 8.236).

[563] *Ibid.*, párrafo 3.55 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 208).

[564] *Ibid.*, párrafo 3.56.

[565] *Ibid.*, párrafo 3.58 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Japón - Manzanas*, párrafo 8.212). Además, los otros requisitos son: i) la medida provisional tiene que adoptarse "sobre la base de la información pertinente de que [se] disponga"; ii) el Miembro tratará "de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo"; y iii) el Miembro "revisará en consecuencia la medida ... en un plazo razonable".

[566] *Ibid.*, párrafo 3.59 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 89).

7. Noruega

a) Cuestión de procedimiento - Observación de la audiencia por el público

255. Noruega apoya la solicitud de los participantes de que el Órgano de Apelación permita la observación de la audiencia por el público en estas actuaciones. Afirma que el sentido del término "actuaciones", considerado aisladamente, no es inequívoco, por lo que es preciso recurrir al contexto y el objeto y fin, como se estipula en el párrafo 1 del artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*[567] (la "*Convención de Viena*"). Centrándose en los párrafos 5 y 12 del artículo 17 del ESD como contexto, Noruega reconoce que en el texto inglés de esas disposiciones el término "*proceedings*" se utiliza "como 'fórmula abreviada' para todas las etapas de una apelación", pero considera que esto "no es en sí mismo determinante".[568] Noruega reconoce también que la redacción del párrafo 10 del artículo 17 es distinta de la del párrafo 1 del artículo 14, en el que se utiliza el término "deliberaciones", pero no considera que esto signifique que el término "actuaciones" que figura en la primera frase del párrafo 10 del artículo 17 deba interpretarse en el sentido de que exija la confidencialidad de la audiencia ante el Órgano de Apelación. Noruega afirma que "no cree que el objeto y fin del párrafo 10 del artículo 17 sea distinto del [del] párrafo 1 del artículo 14 del ESD, que es proteger la labor interna de los grupos especiales", y aduce que "por tanto, el objeto y fin indica que el término 'actuaciones' que figura en el párrafo 10 del artículo 17 debe interpretarse de manera restringida, centrada en la labor interna del Órgano de Apelación, y sin que abarque la audiencia".[569] Noruega sostiene que las versiones española y francesa del ESD también respaldan una interpretación restringida del término "actuaciones", y hace referencia a dicho término en español y al término francés "*travaux*", de conformidad con el artículo 33 de la *Convención de Viena*. Noruega encuentra también apoyo para una interpretación restringida del término "actuaciones" en el hecho de que el párrafo 2 del artículo 18 autorice expresamente a las partes en una diferencia a revelar al público sus comunicaciones y declaraciones. A juicio de Noruega, no puede interpretarse que el párrafo 2 del artículo 18 exige "más confidencialidad de la que las partes exigen".[570]

256. Noruega, por consiguiente, considera que el ESD permite al Órgano de Apelación abrir la audiencia al público cuando todos los participantes en la diferencia así lo piden, y que el Órgano de Apelación está libremente facultado, en virtud del párrafo 1 de la Regla 16 de los *Procedimientos de trabajo*, a responder favorablemente a esa petición. Afirma que permitir la observación de la

[567] Hecha en Viena, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331; 8 *International Legal Materials* 679.
[568] Observaciones de Noruega sobre la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes, párrafo 15.
[569] *Ibid.*, párrafo 23.
[570] *Ibid.*, párrafo 37.

audiencia por el público pondrá al Órgano de Apelación más en consonancia con otros tribunales internacionales, en los que "lo normal son las audiencias abiertas".[571] Noruega considera, además, que permitir la observación de la audiencia por el público "será beneficioso para el proceso y la legitimidad de la labor del Órgano de Apelación".[572]

b) Artículos 21, 22 y 23 del ESD

257. Noruega sostiene que en virtud del párrafo 8 del artículo 22 del ESD la suspensión de concesiones ha de ser temporal y condicional. Destaca que una vez conseguido el cumplimiento, ya sea mediante la simple revocación de la medida incompatible o mediante su sustitución por otra medida que garantice el cumplimiento, el derecho a suspender concesiones "expira *automáticamente*"[573] sin que sea necesaria una revocación formal de la autorización por el OSD. Noruega sostiene que cuando las partes discrepan sobre si la medida destinada a cumplir realmente logra el cumplimiento, como ocurre en la presente diferencia, las partes deben recurrir al procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. Una vez que un grupo especial (y el Órgano de Apelación, si el informe del grupo especial ha sido objeto de apelación) ha determinado que la medida de aplicación pone al Miembro de que se trate en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD, "la autorización previa [para suspender concesiones] expira *ipso facto* una vez adoptado el informe, sin que sea necesario que el OSD la revoque formalmente, dado que la condición temporal ... ya no existe".[574]

258. Noruega sostiene además que en virtud del ESD es aplicable una presunción de cumplimiento de buena fe, y que el reclamante inicial que considere que la medida destinada a cumplir no logra el cumplimiento está obligado a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Tras observar que el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 5 del artículo 21 no establecen ningún plazo para iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, Noruega alega que esto no significa que el reclamante inicial puede simplemente negarse a poner en marcha ese procedimiento. A juicio de Noruega, pasado un cierto tiempo podría infringirse el párrafo 2 a) del artículo 23. Para evitar demoras no razonables debería interpretarse que el párrafo 5 del artículo 21 permite tanto al reclamante inicial como al demandado inicial entablar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Noruega sostiene que este párrafo está redactado de manera que no se especifica qué parte puede iniciar el procedimiento, por lo que esa disposición permite a ambas partes poner en marcha un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. El hecho de que el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento en

[571] *Ibid.*, párrafo 39.
[572] *Ibid.*
[573] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero participante, párrafo 6. (las cursivas figuran en el original)
[574] *Ibid.*, párrafo 7.

el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* no se haya adoptado, y de que el Grupo Especial se haya negado a formular recomendaciones o resoluciones, no demuestra por sí solo que un demandado inicial no pueda invocar el párrafo 5 del artículo 21, porque en aquel asunto concurrían circunstancias particulares que explican ese resultado.

259. Noruega explica que en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 puesto en marcha por el demandado inicial el grupo especial no puede "formular un juicio declaratorio basado en la presentación del demandado inicial, sino que debe hacer una evaluación objetiva del asunto sometido a su consideración".[575] No obstante, cuando el reclamante inicial se niegue a participar, no se aceptará ninguna alegación de que la nueva medida es incompatible con otras disposiciones de los Acuerdos abarcados. En un procedimiento de esa naturaleza puede considerarse que el demandado inicial es un "reclamante" a efectos del párrafo 1 del artículo 6 y un "solicitante" a efectos del párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 pueden satisfacerse mediante referencia al informe del grupo especial inicial y el informe del Órgano de Apelación, junto con la identificación de la medida específica destinada a cumplir y una descripción de la manera en que ésta garantiza el cumplimiento. Noruega añade que en un procedimiento de esa naturaleza "sólo las infracciones específicamente abordadas"[576] en los informes del grupo especial y el Órgano de Apelación en la diferencia inicial estarán comprendidas en el mandato del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. Ello es así porque el reclamante inicial no reclama contra infracciones específicas de otros Miembros, sino que pide una "constatación declaratoria"[577] de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia inicial. Al no poner en marcha antes un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, el reclamante inicial pierde determinados derechos a presentar nuevas alegaciones que podría haber incluido en el mandato del grupo especial si hubiera iniciado dicho procedimiento y presentado la solicitud de establecimiento de un grupo especial. Por consiguiente, Noruega sostiene que permitir al demandado inicial que ponga en marcha un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 incentivaría a los reclamantes iniciales a adelantarse a hacerlo.

8. Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu

260. De conformidad con el párrafo 2 de la Regla 24 de los *Procedimientos de trabajo*, el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu optó por no presentar una comunicación en calidad de tercero participante.

---

[575] *Ibid.*, párrafo 15.
[576] *Ibid.*, párrafo 17.
[577] *Ibid.*, párrafo 18.

261. El Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu apoya la solicitud de los participantes de permitir la observación de la audiencia por el público en este procedimiento "en interés de una mayor transparencia".[578]

III. Cuestiones planteadas en esta apelación

262. Las Comunidades Europeas plantean en apelación las cuestiones siguientes:

a) si el Grupo Especial incurrió en error al no constatar que los Estados Unidos y el Canadá tenían que iniciar un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD para cumplir las obligaciones que les corresponden, de conformidad con los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23, de recurrir a las normas y procedimientos del ESD;

b) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos y el Canadá no infringieron el párrafo 8 del artículo 22 del ESD porque las Comunidades Europeas no habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*, que sirven de base a la autorización concedida a los Estados Unidos y el Canadá para suspender concesiones y otras obligaciones;

c) si el Grupo Especial se excedió de su mandato al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE[579] con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;

d) si el Grupo Especial incurrió en error al no hacer la sugerencia, en virtud de las facultades que le confiere el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, de que los Estados Unidos y el Canadá pusieran fin a la suspensión de concesiones y recurrieran al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, o a cualquier otro procedimiento que pudieran acordar las partes, para resolver los desacuerdos que hubiese en cuanto a la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*;

e) si el Grupo Especial no respetó el principio del debido proceso, y por lo tanto no cumplió los deberes que le impone el artículo 11 del ESD, al seleccionar y basarse en el asesoramiento de dos expertos que no eran "independientes e imparciales", como exigen las *Normas de Conducta*");

---

[578] Observaciones del Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu sobre la solicitud de apertura de la audiencia al público presentada por los participantes, página 1.

[579] Directiva 2003/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de septiembre de 2003 que modifica la Directiva 96/22/CE del Consejo por la que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias β-agonistas en la cría de ganado, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Serie L, Nº 262 (14 de octubre de 2003) (CE - Prueba documental 1 y Estados Unidos - Prueba documental 3, presentadas por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, respectivamente, al Grupo Especial).

f) si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar y aplicar el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* cuando evaluó la compatibilidad de la prohibición de importación de carne de bovinos tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento, aplicada en virtud de la Directiva 2003/74/CE, en particular:

i) al adoptar una interpretación restringida de la expresión "evaluación del riesgo" y no tener en cuenta pruebas sobre el abuso y el uso indebido en la administración de hormonas;

ii) al exigir a las Comunidades Europeas que evaluaran específicamente los riesgos derivados de la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne o los productos cárnicos como consecuencia del tratamiento del ganado con esa hormona con fines de estimulación del crecimiento;

iii) al imponer a las Comunidades Europeas un método cuantitativo de evaluación del riesgo;

iv) al asignar incorrectamente la carga de la prueba; y

v) al no hacer una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD, formulando y aplicando una norma de examen incorrecta.

g) si el Grupo Especial incurrió en error al interpretar y aplicar el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* al evaluar la compatibilidad de la prohibición provisional de importación de la carne de bovinos tratados con testosterona, progesterona, acetato de trembolona, zeranol y acetato de melengestrol ("MGA") para estimular el crecimiento, aplicada de conformidad con la Directiva 2003/74/CE. Más concretamente, si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes porque:

i) constató incorrectamente que la determinación de si los testimonios científicos pertinentes son insuficientes "debe desconectarse" del nivel deseado de protección;

ii) formuló y aplicó un criterio jurídico incorrecto con arreglo al cual, cuando existen normas internacionales para una sustancia, debe haber una "masa

crítica de nuevos testimonios científicos" para que los testimonios científicos pertinentes pasen a ser "insuficientes";

iii) asignó incorrectamente la carga de la prueba; y

iv) no hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD.

263. Los Estados Unidos y el Canadá plantean en apelación las cuestiones siguientes:

a) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos y el Canadá estaban tratando de reparar una infracción, en el sentido del párrafo 1 del artículo 23 del ESD, al mantener la suspensión de concesiones después de que las Comunidades Europeas notificaran la Directiva 2003/74/CE;

b) si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos y el Canadá formularon una determinación unilateral de que la Directiva 2003/74/CE no es compatible con los Acuerdos de la OMC sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD, en infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

264. En caso de que el Órgano de Apelación confirme la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá actuaron de manera incompatible con los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD, los Estados Unidos y el Canadá apelan condicionalmente las siguientes cuestiones:

a) si el Grupo Especial incurrió en error al llegar a la conclusión de que no se le había pedido que determinara la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y por lo tanto no tenía competencia para hacerlo;

b) si el Grupo Especial incurrió en error al sugerir, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que los Estados Unidos y el Canadá recurran sin demora a las normas y procedimientos del ESD.

IV. La aplicación del ESD en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión

A. *Introducción*

265. Empezamos examinando las cuestiones que han planteado en apelación el Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, relativas a la interpretación y aplicación de varias disposiciones del ESD en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión. Esta etapa es la que tiene lugar después de que un Miembro de la OMC ha suspendido concesiones u otras obligaciones a otro Miembro[580], tras haber recibido autorización del OSD para hacerlo. La autorización para suspender concesiones se origina en el hecho de que el otro Miembro no ha puesto en conformidad las medidas que un grupo especial o el Órgano de Apelación han declarado incompatibles con los Acuerdos abarcados.

266. La presente apelación está relacionada con la diferencia *CE - Hormonas* en la que, tras una reclamación presentada por los Estados Unidos y el Canadá, se declaró incompatible con el *Acuerdo MSF* la prohibición impuesta por las Comunidades Europeas, de conformidad con la Directiva 96/22/CE, a las importaciones de carne de bovinos tratados con hormonas de estimulación del crecimiento.[581] Como las Comunidades Europeas no cumplieron dentro del plazo prudencial, que expiró el 13 de mayo de 1999[582], los Estados Unidos y el Canadá pidieron al OSD que autorizara la suspensión de concesiones de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD.[583] Los Estados Unidos y el Canadá obtuvieron la autorización del OSD para suspender concesiones en relación con las Comunidades Europeas el 26 de julio de 1999, después de un arbitraje que solicitaron las Comunidades Europeas.[584] El 29 de julio de 1999, los Estados Unidos aplicaron derechos de importación del 100 por ciento a una serie de importaciones procedentes de determinados Estados miembros de las Comunidades Europeas.[585] El 1º de agosto de 1999, el Canadá aplicó derechos *ad valorem* del 100 por ciento a una serie similar de importaciones procedentes de las Comunidades Europeas.[586]

267. Tras la adopción de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en la diferencia *CE - Hormonas*, la Comisión Europea encargó 17 estudios científicos para evaluar los

---

[580] Utilizaremos la expresión "suspensión de concesiones" como una referencia abreviada a "la suspensión de concesiones u otras obligaciones".

[581] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 253.

[582] Laudo del Árbitro, *CE - Hormonas*, párrafo 48.

[583] WT/DS26/19; WT/DS48/17.

[584] Decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos)*, párrafo 84; Decisión de los Árbitros, *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá)*, párrafo 73. Véase también WT/DS26/20, WT/DS48/18.

[585] Véase *supra*, nota 17.

[586] Véase *supra*, nota 18.

riesgos que representaban para la salud humana las seis hormonas en cuestión.[587] Sobre la base de estos estudios y de información científica adicional facilitada a la Comisión Europea, el Comité científico de las medidas veterinarias relacionadas con la salud pública (el "SCVPH") emitió tres Dictámenes en 1999, 2000 y 2002 sobre los riesgos que las seis hormonas representaban para la salud humana.[588] En vista de estos Dictámenes, las Comunidades Europeas adoptaron el 22 de septiembre de 2003[589] la Directiva 2003/74/CE, que modifica la Directiva 96/22/CE. La Directiva 2003/74/CE mantiene la prohibición permanente sobre la importación de carne y productos cárnicos de animales tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento que fue establecida inicialmente en la Directiva 96/22/CE.[590] En relación con las otras cinco hormonas -testosterona, progesterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA- la Directiva 2003/74/CE impone la prohibición con carácter provisional.[591] La Directiva 2003/74/CE precisa que, pese a que la información científica disponible demostraba la existencia de riesgos relacionados con estas sustancias, "el actual estado de conocimientos no permite realizar una estimación cuantitativa del riesgo para los consumidores".[592] La prohibición de estas cinco hormonas se aplica "mientras la Comunidad busque datos científicos más completos, cualquiera que sea su origen, que puedan arrojar luz y aclarar las deficiencias del actual estado de conocimientos sobre estas sustancias".[593]

268. El 27 de octubre de 2003, las Comunidades Europeas notificaron al OSD la adopción, publicación y entrada en vigor de la Directiva 2003/74/CE, así como los Dictámenes de 1999, 2000 y 2002, que consideraban que proporcionaban una justificación suficiente, de conformidad con el *Acuerdo MSF*, para las prohibiciones permanente y provisional de las importaciones de carne de bovinos tratados con las seis hormonas.[594] Por lo tanto, las Comunidades Europeas alegaron que habían aplicado plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD en las diferencias iniciales *CE - Hormonas* y, en consecuencia, consideraron que ya no estaba justificada la suspensión de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá. Los Estados Unidos y el Canadá se negaron a dejar sin efecto la suspensión de concesiones impuesta en virtud de la autorización obtenida del OSD porque no consideraron que con la Directiva 2003/74/CE las Comunidades Europeas hubieran dado cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD.[595] Las Comunidades Europeas iniciaron el presente procedimiento alegando que los Estados Unidos y el Canadá actuaban de manera

[587] Véase *supra*, nota 19.
[588] Véase *supra*, notas 20, 21 y 22.
[589] Véase *supra*, nota 5.
[590] Directiva 2003/74/CE, *supra*, nota 5, considerando 10 y artículo 1 (por el que se modifican los artículos 2 y 3 de la Directiva 96/22/CE).
[591] *Ibid.*
[592] *Ibid.*, considerando 7.
[593] *Ibid.*, considerando 10.
[594] WT/DS26/22; WT/DS48/20.
[595] WT/DSB/M/157; WT/DSB/M/159.

incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud del ESD al mantener la suspensión de concesiones.[596]

269. En la sección B se facilita un resumen de las constataciones del Grupo Especial y en la sección C se describen las alegaciones y los argumentos planteados en apelación. En las secciones D y E nos ocupamos de las alegaciones que han planteado las Comunidades Europeas, entre ellas la de si el párrafo 8 del artículo 22 del ESD exigía a los Estados Unidos y el Canadá que dejaran de aplicar la suspensión de concesiones tras la notificación por las Comunidades Europeas de la Directiva 2003/74/CE, y si los Estados Unidos y el Canadá estaban obligados a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 si no consideraban que la Directiva 2003/74/CE es compatible con los Acuerdos abarcados. En la sección F se abordan las alegaciones planteadas por los Estados Unidos y el Canadá en sus otras apelaciones con respecto a las constataciones del Grupo Especial de que infringieron los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD al tratar de reparar una infracción sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD. En la sección G se abordan las alegaciones condicionales planteadas por los Estados Unidos y el Canadá en relación con la constatación del Grupo Especial de que no tenía competencia para determinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados. Por último, en la sección H se abordan las cuestiones planteadas por los tres participantes en relación con la sugerencia hecha por el Grupo Especial de conformidad con el párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

B. *Las constataciones del Grupo Especial*

1. Alcance de las alegaciones de las Comunidades Europeas

270. Ante el Grupo Especial, las Comunidades Europeas plantearon "dos series de alegaciones principales" contra el mantenimiento de la suspensión de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá. Afirmaron que el mantenimiento de la suspensión es incompatible con: i) el párrafo 2 a) del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD; y ii) el párrafo 1 del artículo 23, leído en conjunción con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Además, las Comunidades Europeas plantearon alegaciones con respecto a los artículos I y II del GATT de 1994.[597] En caso de que el Grupo Especial no constatara

[596] En diciembre de 2004, los Estados Unidos pidieron información a las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 8 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* acerca de la justificación en que se basaba la Directiva 2003/74/CE. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.227.) El Grupo Especial fue establecido el 14 de enero de 2005 a petición de las Comunidades Europeas. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 1.2; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 1.2.)

[597] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 3.1; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 3.2.

una infracción del artículo 23 del ESD, las Comunidades Europeas alegaron, subsidiariamente, que el mantenimiento de la suspensión por los Estados Unidos y el Canadá es incompatible con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.[598]

271. Al comienzo de su análisis, el Grupo Especial hizo algunas observaciones preliminares sobre el alcance de su mandato. Recordó que el asunto que se le había sometido era el supuesto incumplimiento por los Estados Unidos y el Canadá de las obligaciones que les corresponden en virtud del ESD al mantener la suspensión de concesiones autorizada por el OSD en la diferencia *CE - Hormonas*, pese a que las Comunidades Europeas habían adoptado la Directiva 2003/74/CE y la habían notificado al OSD como medida destinada a cumplir.[599] El Grupo Especial señaló que, en su Primera comunicación escrita, las Comunidades Europeas dividían sus alegaciones en "dos series principales de alegaciones" y una alegación condicional. En el marco de la primera serie de alegaciones, las Comunidades Europeas alegaron que los Estados Unidos y el Canadá, al mantener la suspensión de concesiones, estaban tratando de reparar una infracción por las Comunidades Europeas de los Acuerdos abarcados que habían percibido sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD, en infracción del párrafo 2 a) del artículo 23, leído en conjunción con el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD.[600] En el marco de la segunda serie de alegaciones, las Comunidades Europeas adujeron que, como debía *presumirse* que habían cumplido de buena fe las recomendaciones y resoluciones del OSD al haber adoptado y notificado la Directiva 2003/74/CE, el mantenimiento de la aplicación de la suspensión de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá es también incompatible con el párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD.[601] Por último, en caso de que el Grupo Especial no constatara "ninguna infracción en el marco de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD"[602], las Comunidades Europeas plantearon una alegación condicional afirmando que los Estados Unidos y el Canadá infringían el párrafo 8 del artículo 22 del ESD *per se* porque, al adoptar la Directiva 2003/74/CE, las

[598] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 3.2; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 3.2.
[599] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.150 y 7.151; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.137 y 7.138.
[600] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.153 y 7.183; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.140 y 7.165.
[601] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.153 y 7.252; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.140 y 7.245.
[602] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.155; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.142.

Comunidades Europeas habían logrado un cumplimiento *real* (y no *presunto*) que exigía la terminación de la suspensión de concesiones de conformidad con el párrafo 8 del artículo 22.[603]

272. El Grupo Especial consideró que este enfoque, aunque no se especificaba en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas, "es en realidad una aclaración de las alegaciones enumeradas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y no argumentos".[604] Por consiguiente, el Grupo Especial consideró que el enfoque esbozado en la Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas formaba parte del mandato del Grupo Especial.[605] En consecuencia, el Grupo Especial decidió que abordaría las dos alegaciones principales en la forma en que las habían explicado las Comunidades Europeas en su Primera comunicación escrita y únicamente se ocuparía de la alegación condicional si las Comunidades Europeas no establecían sus dos alegaciones principales.[606]

2. La alegación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 5 del artículo 21

273. El Grupo Especial examinó en primer lugar la alegación presentada por las Comunidades Europeas en relación con el párrafo 2 a) del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. El Grupo Especial se refirió a la expresión "[e]n tales casos", que une los párrafos 1 y 2 del artículo 23, y observó que esta expresión indicaba que antes de que pudiera evaluar si los Estados Unidos y el Canadá habían infringido el párrafo 2 a) del artículo 23, tendría que determinar si se habían cumplido las condiciones del párrafo 1 de dicho artículo. A juicio del Grupo Especial, "el párrafo 1 del artículo 23 se aplica en este caso sólo con respecto a una determinación contra una medida que no ha sido todavía objeto de recurso a las normas y procedimientos del ESD".[607] Según el Grupo Especial, la Directiva 2003/74/CE es una medida de ese tipo.[608] Señalando que la Directiva 2003/74/CE, como la medida a la que sustituyó, imponía una prohibición de importación, el Grupo Especial recordó que no era la prohibición de la importación de carne tratada con hormonas la que fue declarada incompatible con el *Acuerdo MSF* en el asunto *CE - Hormonas*, sino la justificación de esa prohibición. Por lo tanto, el Grupo Especial

[603] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.156; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.143.
[604] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.163; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.150.
[605] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.164; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.151.
[606] *Ibid.*
[607] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.205; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.197.
[608] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.206; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.198.

"no consider[ó] que el hecho de que siga en vigor la prohibición signifique que no se ha adoptado una nueva medida".[609] El Grupo Especial constató además que, aunque los Estados Unidos y el Canadá estaban autorizados para suspender concesiones, esa "'autorización del OSD' no significa [una] 'obligación de suspender las concesiones'".[610] Así pues, en opinión del Grupo Especial, "el hecho de que, tras la notificación de la Directiva 2003/74/CE", los Estados Unidos y el Canadá "continúen aplicando su suspensión de concesiones aunque no tienen ninguna obligación de hacerlo es prueba" de que los Estados Unidos y el Canadá están "activamente" tratando de reparar una infracción en el sentido del párrafo 1 del artículo 23.[611]

274. Tras haber constatado que se cumplían las condiciones para la aplicación del párrafo 1 del artículo 23, el Grupo Especial pasó a examinar si los Estados Unidos y el Canadá habían "formula[do] una determinación de que se ha producido una infracción" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 con respecto a la Directiva 2003/74/CE. El Grupo Especial observó que las declaraciones formuladas en dos reuniones del OSD acerca de la notificación de la Directiva 2003/74/CE indicaban que los Estados Unidos y el Canadá habían llegado a "una decisión más o menos definitiva"[612] de que la nueva Directiva no aplica las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas* y es incompatible con el *Acuerdo MSF*. En opinión del Grupo Especial, esas declaraciones constituyen una "determinación" de conformidad con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.[613] El Grupo Especial añadió que, incluso si se consideraba que esas declaraciones eran provisionales, "el mantenimiento subsiguiente de la suspensión de concesiones [por los Estados Unidos y el Canadá], sin modificación y sin decir que seguían estudiando [la Directiva 2003/74/CE]" confirma que formularon esa "determinación".[614] El Grupo Especial constató también que, dado que la autorización del OSD para suspender concesiones no es aplicable a la Directiva 2003/74/CE[615] y no equivale a "una determinación multilateral de incompatibilidad" con respecto a esa Directiva[616], los Estados Unidos y el Canadá no formularon una determinación mediante el recurso a las normas y

[609] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.207; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.199.
[610] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.209; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.201.
[611] *Ibid.*
[612] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.222; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.215 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, nota 657 al párrafo 7.50).
[613] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.225 y 7.226; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.219, 7.222 y 7.223.
[614] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.230; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.224.
[615] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.234; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.228.
[616] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.242; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.235.

procedimientos del ESD, en infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Como los Estados Unidos y el Canadá "no ha[bía]n formulado ninguna determinación mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD", el Grupo Especial concluyó *a fortiori* que los Estados Unidos y el Canadá "no ha[bía]n hecho ninguna determinación de forma coherente con las constataciones que figuran en el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación adoptado por el OSD, o en un laudo arbitral dictado con arreglo al ESD".[617] Por lo tanto, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos y el Canadá habían infringido el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.[618]

275. El Grupo Especial pasó a examinar después la alegación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos y el Canadá estaban obligados a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 si consideraban que la Directiva 2003/74/CE no era compatible con los Acuerdos abarcados. El Grupo Especial dijo que el recurso a las normas y procedimientos del ESD, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23, "abarca cualquiera de los medios de solución de diferencias previsto en el ESD, incluidas las consultas, la conciliación, los buenos oficios y la mediación"[619] y no se limita al procedimiento del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Sobre esta base, el Grupo Especial "no consider[ó] necesario hacer una constatación sobre si [los Estados Unidos y el Canadá] infringieron el párrafo 5 del artículo 21 al no recurrir al procedimiento previsto en esa disposición".[620]

276. Sobre la base de lo que antecede, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que los Estados Unidos y el Canadá:

> han infringido los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD al tratar de reparar el incumplimiento del *Acuerdo sobre la OMC* a través de una determinación de que la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] no cumplía las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas* sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD.[621]

---

[617] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.244; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.237. (no se reproducen las cursivas)

[618] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.245; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.238.

[619] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.247; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.240.

[620] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.249; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.242.

[621] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.251; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.244.

3. La alegación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron el párrafo 1 del artículo 23, del ESD leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3

277. El Grupo Especial pasó a ocuparse después de la alegación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron el párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, al mantener la suspensión de concesiones pese a que se había suprimido la medida declarada incompatible en la diferencia *CE - Hormonas*. Observó que sus constataciones anteriores de que los Estados Unidos y el Canadá habían cometido un "error de procedimiento en el marco del ESD [e] infringi[do] los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23"[622] no guardaban "ninguna relación en absoluto con la cuestión de si las Comunidades Europeas aplicaron las recomendaciones y resoluciones del OSD"[623] en la diferencia *CE - Hormonas* en cuanto al fondo. En cambio, el Grupo Especial constató que la alegación de las Comunidades Europeas de que se había infringido el párrafo 8 del artículo 22, el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD se basaba en la "*conformidad* (presunta o real) con el *Acuerdo MSF*"[624] de la Directiva 2003/74/CE. Ello se debe a que, a juicio del Grupo Especial, la frase "hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible" del párrafo 8 del artículo 22 implica que lo que debe lograrse no es la supresión de la medida sino el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD.[625] Por consiguiente, "sólo es posible infringir el párrafo 8 del artículo 22 si las Comunidades Europeas han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y [los Estados Unidos y el Canadá] no han suprimido inmediatamente su suspensión de concesiones u otras obligaciones".[626]

278. En cuanto al argumento de las Comunidades Europeas de que debían beneficiarse de "una presunción de cumplimiento de buena fe"[627] con respecto a la Directiva 2003/74/CE, el Grupo Especial reconoció que, con arreglo al derecho internacional general, los Estados gozan de una presunción de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de un tratado.[628] No obstante, el Grupo Especial consideró que esta presunción no significa que las Comunidades Europeas "haya[n]

---

[622] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.270; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.286.
[623] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.272; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.288.
[624] *Ibid.*
[625] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.284; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.300.
[626] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.285; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.301.
[627] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.310; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.310.
[628] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.318; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.318.

cumplido realmente sus obligaciones en virtud del tratado"[629] y observó además que los Estados Unidos y el Canadá también pueden invocar la presunción de buena fe con respecto a sus medidas respectivas.[630] En lo que se refiere al texto del ESD, el Grupo Especial constató que "no hay ninguna exclusión expresa de la aplicación del principio de buena fe en el ESD".[631] El Grupo Especial rechazó a continuación el argumento de los Estados Unidos y el Canadá de que "la presunción de cumplimiento de buena fe no puede derogar la autorización multilateral concedida por el OSD ... para suspender concesiones".[632] Según el Grupo Especial, "la supresión de la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado deroga la autorización del OSD de suspender concesiones" porque ninguna disposición del párrafo 8 del artículo 22 del ESD sugiere que un Miembro que suspende concesiones pueda seguir haciéndolo mientras el OSD no haya revocado la autorización.[633]

279. El Grupo Especial examinó a continuación el argumento de las Comunidades Europeas de que la presunción de cumplimiento de buena fe solamente es refutable mediante el recurso de los Estados Unidos y el Canadá al párrafo 5 del artículo 21. Al examinar este argumento, el Grupo Especial consideró que era importante "determin[ar] la medida en que la no disponibilidad de un recurso jurídico para las Comunidades Europeas en una situación posterior a la retorsión puede justificar que la presunción de cumplimiento de buena fe sea irrefutable, excepto mediante el recurso al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD".[634] El Grupo Especial señaló, en primer lugar, que "el ESD no prevé en ningún sitio que una presunción de cumplimiento de buena fe sea refutable solamente mediante el recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD".[635] En segundo lugar, observó que "parecería que, incluso en el marco del ESD actual, existen varios medios que parecen *a priori* a disposición de las Comunidades Europeas para obtener la terminación de la suspensión de concesiones u otras obligaciones", entre los que figuran los buenos oficios y las consultas, el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, el arbitraje en virtud del artículo 25 del ESD, y el recurso a procedimientos de grupos especiales normales (como las Comunidades Europeas habían

[629] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.322; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.322.
[630] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.323; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.323.
[631] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.336; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.336.
[632] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.342; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.342.
[633] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.343; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.343.
[634] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.348; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.346.
[635] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.349; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.347.

hecho en este caso).[636] Por estas razones, el Grupo Especial rechazó el argumento de las Comunidades Europeas "de que la presunción de cumplimiento de buena fe de que disfrutan las Comunidades Europeas deba ser refutable sólo a través del recurso por los reclamantes en el asunto inicial al párrafo 5 del artículo 21 del ESD".[637] El Grupo Especial no estaba convencido de que el párrafo 5 del artículo 21 sea la "única vía" disponible para encarar "una alegación de cumplimiento por un Miembro que alega que ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD", ni de que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 esté "abierto solamente al reclamante inicial".[638]

280. El Grupo Especial llegó a la conclusión siguiente:

> aunque estamos de acuerdo con la existencia de una presunción de cumplimiento de buena fe, no estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que la presunción de buena fe de que disfrutan sólo puede refutarse en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Constatamos, por el contrario, que esta presunción, dado que se aplica a las medidas adoptadas por todas las partes, se puede refutar ante este Grupo Especial. De la misma manera que las alegaciones de las [Comunidades Europeas] tienen por objeto refutar la presunción de conformidad de buena fe de las medidas de retorsión de los [Estados Unidos y el Canadá] con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD, debe permitirse a [los Estados Unidos y el Canadá] que refuten la presunción de cumplimiento de las [Comunidades Europeas] demostrando un no cumplimiento real.[639]

---

[636] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.350; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.348. El Grupo Especial señaló que la redacción muy general ("esa diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias") utilizada en el párrafo 5 del artículo 21 "puede considerarse que ... incluye todos los procedimientos disponibles en el ESD para la solución de diferencias". Sin embargo, el Grupo Especial opinó que "otros términos del párrafo 5 del artículo 21 apoyan la opinión de que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 es realmente un procedimiento de grupo especial con un plazo más breve" e interpretó que la frase "con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto" no significa que se prefiera generalmente el recurso a un grupo especial, sino que se recurra a los integrantes del grupo especial que examinaron el asunto inicial, en lugar de a otras personas. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.351; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.349.)

[637] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.356; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.354.

[638] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.355; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.353.

[639] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.357 f); informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.355 f). El Grupo Especial aclaró lo siguiente:

> Al llegar a estas conclusiones, consideramos que no añadimos ni restamos nada a los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC. No aplicamos la presunción de cumplimiento de buena fe independientemente de las obligaciones de las Comunidades Europeas en el marco del Acuerdo sobre la OMC. Las Comunidades Europeas tienen la obligación de cumplir el Acuerdo sobre la OMC en general y las recomendaciones y resoluciones del OSD, y el principio general de buena fe implica que deben hacerlo de buena fe. Aplicamos de esta manera el principio de buena fe de manera compatible con la legislación de la OMC y con el derecho internacional público general.

281. El Grupo Especial señaló que, al invocar una presunción de cumplimiento de buena fe, las Comunidades Europeas estaban apoyando su alegación de que los Estados Unidos y el Canadá actuaban de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3, porque no habían puesto fin a la suspensión de concesiones tras la supresión de la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado en el sentido del párrafo 8 del artículo 22.[640] En consecuencia, al haber determinado que la presunción de cumplimiento de buena fe es refutable en este procedimiento, el Grupo Especial observó que, "para todos los fines prácticos, esto equivale a considerar la alegación 'subsidiaria' de las [Comunidades Europeas] de infracción del párrafo 8 del artículo 22 *per se*".[641] No obstante, el Grupo Especial explicó que "esto no es resultado de que simplemente hagamos caso omiso del orden en que las Comunidades Europeas querían que examináramos este asunto".[642] El Grupo Especial consideró que "segu[ía] examinando la alegación de las [Comunidades Europeas] de infracción del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3" y "[n]o esta[ba] examinando una alegación de infracción del párrafo 8 del artículo 22 por sí solo".[643]

4. La competencia del Grupo Especial

282. El Grupo Especial reconoció que su "mandato no incluye ninguna de las disposiciones del *Acuerdo MSF*"[644] y que, por consiguiente, no le correspondía examinar las supuestas infracciones del *Acuerdo MSF* ni formular constataciones en virtud de ese Acuerdo. No obstante, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que "deb[ía] ocupar[se] de la compatibilidad de la [Directiva 2003/74/CE] con las disposiciones del *Acuerdo MSF* a que se refieren las partes en tanto en cuanto sea necesario para determinar, con respecto a la alegación de las [Comunidades Europeas] relativa al párrafo 8 del artículo 22, si la medida [de las Comunidades Europeas] declarada incompatible en el asunto *CE - Hormonas* ha sido suprimida".[645] Por lo tanto, el Grupo Especial consideró "que estas razones son suficientes para llegar a la conclusión de que tiene competencia para considerar la compatibilidad

---

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.358; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.356.) (no se reproducen las notas de pie de página)

[640] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.332; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.332.

[641] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.359; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.357.

[642] *Ibid.*

[643] *Ibid.*

[644] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.360; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.358.

[645] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.375; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.372. El Grupo Especial era "consciente[] de los problemas de procedimiento que plantea este enfoque", pero no consideró que, al actuar de esta manera, estuviera excediéndose de su competencia en tanto en cuanto ese examen sea necesario para ocuparse de las alegaciones de las Comunidades Europeas en el marco del párrafo 8 del artículo 22. (*Ibid.*)

de la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] con el *Acuerdo MSF* como parte de su examen de la alegación planteada por las Comunidades Europeas con respecto al párrafo 8 del artículo 22 del ESD".[646] El Grupo Especial reconoció que era difícil para las Comunidades Europeas "identificar todos los posibles problemas de incompatibilidad".[647] En cambio, el Grupo Especial consideró que era "preferible desde un punto de vista jurídico y práctico considerar *todas* las alegaciones y argumentos planteados por cada una de las partes, siempre que la otra tenga oportunidad de hacer observaciones sobre esas alegaciones y argumentos".[648] Sobre esta base, el Grupo Especial constató que podía examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los párrafos 1, 2[649] y 7 del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.[650]

5. Carga de la prueba

283. En lo que respecta a la asignación de la carga de la prueba, el Grupo Especial dijo que correspondía a las Comunidades Europeas demostrar su alegación de que los Estados Unidos y el Canadá habían infringido el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.[651] Esta alegación se basaba en la supresión por las Comunidades Europeas de la medida que había sido declarada incompatible en la diferencia *CE - Hormonas* y en la alegación de las Comunidades Europeas de que la Directiva 2003/74/CE era compatible con el *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial compartió la

---

[646] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.379; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.376.

[647] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.403; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.400.

[648] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.404; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.401. (las cursivas figuran en el original)

[649] El Grupo Especial examinó el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* únicamente en el asunto *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, porque el Canadá no presentó ninguna alegación al amparo de esta disposición.

[650] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.411; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.402.

[651] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.383; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.380. El Grupo Especial explicó lo siguiente:

> Con respecto a la infracción del párrafo 8 del artículo 22 como tal, el Grupo Especial ha considerado que no tenía en principio ninguna razón para abordar la carga de la prueba de manera diferente que otros grupos especiales establecidos en virtud del artículo 6 del ESD. En efecto, como indic[aron] [las] propi[as] [Comunidades Europeas], este asunto se refiere a una medida adoptada por [los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente]. El hecho de que esta diferencia tenga lugar en el contexto del supuesto cumplimiento por las [Comunidades Europeas] de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas* no debería tener ninguna repercusión en la cuestión de la carga de la prueba con respecto a la alegación real ante nosotros. Esto significa que se aplican los principios *supra* identificados por el Órgano de Apelación y que las Comunidades Europeas deben demostrar su alegación de que [los Estados Unidos y el Canadá] infringen el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.383; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.380.)

preocupación de las Comunidades Europeas de que esto podría generar para el demandado inicial al comienzo de las actuaciones una situación "equivalente a tener que demostrar 'algo negativo', dado que la gama de disposiciones respecto de las cuales podría tener que examinarse la legalidad de la medida de las [Comunidades Europeas] sigue siendo muy amplia" en tanto en cuanto los reclamantes iniciales no habían presentado sus propias alegaciones de incompatibilidad de la medida de aplicación.[652] El Grupo Especial señaló que las Comunidades Europeas gozaban de una presunción de cumplimiento de buena fe y, por lo tanto, una vez que hubieran hecho una acreditación *prima facie* sobre la base de esa presunción, se trasladaba a los Estados Unidos y el Canadá la carga de refutar esa presunción. Sin embargo, el Grupo Especial consideró que los Estados Unidos y el Canadá "refutaron suficientemente la alegación de cumplimiento de las [Comunidades Europeas]"[653] del *Acuerdo MSF* y, posteriormente, las Comunidades Europeas respondieron a las alegaciones de infracción. Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que las Comunidades Europeas "nunca tuvieron que demostrar realmente 'algo negativo' en este caso".[654] A juicio del Grupo Especial, las "presunciones basadas en la buena fe de que disfruta cada parte ... en última instancia ambas se 'neutralizaron'", de tal modo que, en última instancia, cada una de las partes debió demostrar sus alegaciones específicas en respuesta a las pruebas presentadas por la otra parte y el Grupo Especial siguió la práctica de otros grupos especiales de valorar todas las pruebas que tenía ante sí.[655]

284. Basándose en ello, el Grupo Especial examinó a continuación la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*, y llegó a la conclusión de que "no se ha demostrado que las Comunidades Europeas hayan suprimido la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado".[656] En consecuencia, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que las Comunidades Europeas no habían demostrado que los Estados Unidos y el Canadá hubieran infringido el párrafo 8 del artículo 22 del ESD y por lo tanto no había habido infracción del párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD como consecuencia de una infracción del párrafo 8 del artículo 22.[657]

---

[652] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.385; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.382.

[653] *Ibid.*

[654] *Ibid.*

[655] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.383.

[656] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.847; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.832. El análisis del Grupo Especial se resume *infra* en las secciones VI y VII.

[657] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.850 y 7.851; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.385 y 7.836. Al haber constatado una infracción de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD y examinado la supuesta infracción del párrafo 8 del artículo 22 como parte del examen que hizo de la segunda serie de alegaciones de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial consideró que no era necesario abordar la alegación condicional de las Comunidades Europeas de infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD *per se* formulada

6. La sugerencia del Grupo Especial

285. Tras exponer sus conclusiones, el Grupo Especial observó que las partes "parec[ía]n tener opiniones divergentes sobre la forma en que el demandado debería dar aplicación al presente informe".[658] Señaló a continuación que, aunque había "desempeñado funciones similares a las de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, lo ha hecho únicamente a fin de determinar si se había infringido el párrafo 8 del artículo 22 del ESD" y que "[n]o se [le] ha pedido ... que determine la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados, ni t[enía] competencia para hacerlo".[659] Por consiguiente, el Grupo Especial sugirió que, "con el fin de aplicar sus constataciones en el marco del artículo 23 y de asegurar la pronta solución de esta diferencia, [los Estados Unidos y el Canadá] recurran sin demora a las normas y procedimientos del ESD".[660]

C. *Alegaciones y argumentos formulados en apelación*

1. Apelación presentada por las Comunidades Europeas

286. Las Comunidades Europeas plantean en apelación tres alegaciones de error. En primer lugar, sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al no constatar que el párrafo 2 a) del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, obligaba a los Estados Unidos y al Canadá a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 si consideraban que con la Directiva 2003/74/CE las Comunidades Europeas no cumplían las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*.[661] Las Comunidades Europeas mantienen que es obligatorio recurrir al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 para examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*, y que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 sólo pueden iniciarlo los reclamantes iniciales, en este caso los Estados Unidos y el Canadá.[662] En segundo lugar, las Comunidades Europeas afirman que el párrafo 8 del artículo 22 exigía la terminación de la suspensión de concesiones tras la adopción y ulterior notificación al OSD de la Directiva 2003/74/CE.[663] Por lo tanto, las Comunidades Europeas consideran que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la alegación que habían presentado con respecto al párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, se basaba en la conformidad efectiva de la Directiva 2003/74/CE con

---

subsidiariamente. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.855; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.840.)

[658] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3.

[659] *Ibid.*

[660] *Ibid.*

[661] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 94.

[662] *Ibid.*, párrafos 49 y 73.

[663] *Ibid.*, párrafo 155.

el *Acuerdo MSF*[664]; como consecuencia de ello, el Grupo Especial también incurrió en error al constatar que los Estados Unidos y el Canadá no infringieron el párrafo 8 del artículo 22 del ESD, pese a que seguían suspendiendo concesiones sin recurrir al párrafo 5 del artículo 21. En tercer lugar, las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial se excedió de su mandato y asumió erróneamente las funciones de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*.[665] Además de estas tres alegaciones de error, las Comunidades Europeas piden al Órgano de Apelación que "mejore"[666] la sugerencia del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá "recurran sin demora a las normas y procedimientos del ESD"[667], para que quede claro que los Estados Unidos y el Canadá deben dejar de aplicar la suspensión de concesiones y recurrir al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, o a otro procedimiento de solución de diferencias que las partes puedan convenir, a fin de buscar una solución multilateral de los desacuerdos pendientes con respecto a la prohibición de importación de las Comunidades Europeas.[668]

287. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial interpretó correctamente que la frase "el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento", que figura en el párrafo 2 a) del artículo 23, comprende todos los procedimientos previstos en el ESD y no se refiere exclusivamente al procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21.[669] Sostienen además que el párrafo 5 del artículo 21 se refiere a "los presentes procedimientos de solución de diferencias" sin precisar ningún subgrupo determinado de procedimientos previstos en el ESD.[670] Además, aducen que el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 8 del artículo 22 del ESD cuando constató que los Estados Unidos no incumplieron la obligación que les impone esa disposición. Los Estados Unidos afirman que las Comunidades Europeas "simplemente cambiaron" los instrumentos jurídicos en que se basa la prohibición de importación y, al hacerlo, no suprimieron la prohibición, es decir, la medida incompatible en el sentido del párrafo 8 del artículo 22.[671] Alegan también que las Comunidades Europeas pidieron específicamente al Grupo Especial que examinara si los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con lo establecido en el párrafo 8 del artículo 22. Por lo tanto, para resolver

---

[664] *Ibid.*, párrafos 99 y 100 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.272; y al informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.288).

[665] *Ibid.*, párrafo 175.

[666] *Ibid.*, párrafo 479.

[667] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3.

[668] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 480.

[669] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 126.

[670] *Ibid.*, párrafo 127.

[671] *Ibid.*, párrafo 99.

esa alegación, el Grupo Especial interpretó y aplicó correctamente el párrafo 8 del artículo 22 al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF* y no se excedió de su mandato.[672] Además, los Estados Unidos aducen que la sugerencia del Grupo Especial no les exige que pongan fin a la suspensión de concesiones. Por último, observan que "mejorar" la sugerencia, como piden las Comunidades Europeas, "no entra dentro de la esfera de lo que se pide al Órgano de Apelación que haga con respecto a los informes de los grupos especiales".[673]

288. El Canadá sostiene que, contrariamente a lo que sostienen las Comunidades Europeas, el Grupo Especial constató correctamente que el "recurso a la solución de diferencias" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 no se limita al procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. Aduce que la afirmación unilateral de cumplimiento de las Comunidades Europeas con respecto a la Directiva 2003/74/CE no obliga al Canadá a iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, ni le exige que deje sin efecto la suspensión de concesiones.[674] Alega que a las Comunidades Europeas, como demandado inicial, nada les impide desde el punto de vista jurídico iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21[675], y que las Comunidades Europeas también tienen a su disposición otras vías procesales, con inclusión de nuevos procedimientos de grupos especiales.[676] El Canadá alega además que el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 8 del artículo 22 al concluir que la frase "hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" significa que lo que debe suprimirse es la ilegalidad misma, y no sólo la medida inicialmente impugnada.[677] Por último, sostiene que el Grupo Especial no se excedió de su mandato al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. Antes bien, el Canadá afirma que, como la alegación de las Comunidades Europeas de que el Canadá infringió el párrafo 8 del artículo 22 se basa en el cumplimiento real por las Comunidades Europeas, el Grupo Especial tenía que examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF* para resolver la diferencia.[678]

2. Otras apelaciones presentadas por los Estados Unidos y el Canadá

289. Los Estados Unidos alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos estaban "tratando de reparar una infracción" en el sentido del párrafo 1 del artículo 23

---

[672] *Ibid.*, párrafos 120 y 121.
[673] *Ibid.*, párrafo 140. Los Estados Unidos señalan que "el Órgano de Apelación, de conformidad con el párrafo 13 del artículo 17, 'podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial', pero no sus sugerencias, que se hacen en virtud del párrafo 1 del artículo 19 del ESD".
[674] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 8.
[675] *Ibid.*, párrafo 11.
[676] *Ibid.*, párrafos 14 y 15.
[677] *Ibid.*, párrafos 25 y 26.
[678] *Ibid.*, párrafo 41.

del ESD mediante el mantenimiento de la suspensión de concesiones. Sostienen que, antes de obtener, el 26 de julio de 1999, la autorización del OSD para suspender concesiones, "habían recurrido amplia y prolongadamente a múltiples procedimientos previstos en el ESD"[679], y esta autorización para suspender concesiones no ha sido revocada en ningún momento.[680] Al constatar que los Estados Unidos estaban intentando reparar una infracción, el Grupo Especial "recaracterizó"[681], sin fundamento jurídico alguno, la suspensión de concesiones por los Estados Unidos como si estuviera dirigida contra la Directiva 2003/74/CE. Además, los Estados Unidos discrepan de la constatación del Grupo Especial según la cual las declaraciones formuladas por los Estados Unidos acerca de la Directiva 2003/74/CE en las reuniones del OSD constituyeron una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Los Estados Unidos sostienen que tal "determinación" no puede ser inferida o implícita, y que el Grupo Especial incurrió en error al inferirla de la "inacción"[682] de los Estados Unidos por lo que respecta a la suspensión de concesiones. En caso de que el Órgano de Apelación confirme las constataciones del Grupo Especial respecto de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23, los Estados Unidos piden que revoque la "sugerencia equivocada"[683] del Grupo Especial de que los Estados Unidos "recurran sin demora a las normas y procedimientos del ESD". Los Estados Unidos aducen que el "recurso a las normas y procedimientos" del ESD ya se ha logrado con la participación de los Estados Unidos en la presente diferencia iniciada por las Comunidades Europeas.[684] Sostienen además que el Grupo Especial incurrió en error al llegar a la conclusión de que no tenía competencia para pronunciarse sobre la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. En consecuencia, se debe considerar que las constataciones del Grupo Especial sobre la incompatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF* son constataciones "directas" y se debe revocar la conclusión de que los Estados Unidos tienen que poner su medida en conformidad con el ESD.[685]

290. El Canadá alega que el Grupo Especial incurrió en error al examinar la alegación formulada por las Comunidades Europeas al amparo de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 aislándola de su análisis en el marco del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Según el Canadá, el Grupo Especial debería haber aplicado en primer lugar las prescripciones del párrafo 8 del artículo 22 para determinar si había que poner término a la suspensión de concesiones, y el hecho de no hacerlo dio lugar a

[679] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 29.
[680] *Ibid.*, párrafo 18.
[681] *Ibid.*, párrafo 31.
[682] *Ibid.*, párrafo 98.
[683] *Ibid.*, párrafo 108.
[684] *Ibid.*, párrafo 112.
[685] *Ibid.*, párrafo 119. Los Estados Unidos aclaran que no es preciso que el Órgano de Apelación examine las dos últimas cuestiones si revoca las constataciones y conclusiones del Grupo Especial relativas a los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD. (*Ibid.*, párrafo 9.)

"constataciones contradictorias"[686] con respecto a la primera y segunda serie de alegaciones de las Comunidades Europeas. El Canadá apela condicionalmente otras dos cuestiones, en el supuesto de que el Órgano de Apelación constatara que el Grupo Especial actuó correctamente al formular constataciones respecto de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 sin tener en cuenta su constatación respecto del párrafo 8 del artículo 22. En primer lugar, el Canadá aduce que, aunque el Grupo Especial hubiera actuado correctamente al examinar aisladamente el artículo 23, incurrió en error al constatar que el Canadá estaba "tratando de reparar" una infracción de las disposiciones de la OMC manteniendo la suspensión de concesiones. El Canadá sostiene que ha "recabado y obtenido"[687] la autorización del OSD para suspender concesiones y que, contrariamente a la constatación del Grupo Especial, el mero hecho de que la Directiva 2003/74/CE sea una medida nueva no significa que el fundamento jurídico de la suspensión de concesiones del Canadá haya cambiado.[688] En segundo lugar, alega que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el Canadá formuló una determinación unilateral de incumplimiento respecto de la Directiva 2003/74/CE, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23, basándose en las declaraciones que hizo el Canadá en las reuniones del OSD, y en el hecho de que el Canadá mantenía la suspensión de concesiones.[689] Subsidiariamente, en caso de que el Órgano de Apelación confirmara las constataciones del Grupo Especial con respecto a los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23, el Canadá pide al Órgano de Apelación que revoque la conclusión del Grupo Especial de que no tenía competencia para determinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*.[690] Por último, el Canadá alega que el Grupo Especial incurrió en error al sugerir que "el Canadá recurra sin demora a las normas y procedimientos del ESD"[691] porque esta conclusión, según el Canadá, contradice la propia constatación del Grupo Especial de que el Canadá no había infringido el párrafo 8 del artículo 22.[692]

291. Las Comunidades Europeas responden que el artículo 23 del ESD es plenamente aplicable a una diferencia en la etapa de aplicación y posterior a la suspensión[693], porque el sistema multilateral de solución de diferencias se basa en el cumplimiento de buena fe y la presunción de la conformidad con los Acuerdos abarcados de las medidas adoptadas por los Miembros de la OMC.[694] Sostienen además que la adopción de una medida destinada a cumplir, que debe presumirse que es compatible con los Acuerdos de la OMC, activa las siguientes obligaciones del reclamante inicial: i) formarse

[686] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 43.
[687] *Ibid.*, párrafo 80.
[688] *Ibid.*, párrafo 82.
[689] *Ibid.*, párrafo 87.
[690] *Ibid.*, párrafo 92.
[691] *Ibid.*, párrafo 96.
[692] *Ibid.*, párrafo 95.
[693] Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 47.
[694] *Ibid.*, párrafo 40.

una opinión sobre si la medida declarada incompatible ha sido suprimida; ii) recurrir al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, si estima que la medida destinada a cumplir no es compatible con los Acuerdos abarcados; y iii) poner fin a la suspensión de concesiones.[695] Las Comunidades Europeas discrepan del argumento de los Estados Unidos y el Canadá de que no están intentando reparar una infracción en el sentido del párrafo 1 del artículo 23 al mantener la suspensión de concesiones, porque la notificación de la Directiva 2003/74/CE no cambia el fundamento jurídico de dicha suspensión.[696] Sostienen que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD no especifica que incumbe al demandado inicial demostrar que ha suprimido la medida inicial[697], y afirman que, en cualquier caso, las Comunidades Europeas han demostrado efectivamente que la medida incompatible, a saber, la Directiva 96/22/CE, ha sido suprimida.[698] Por lo tanto, los Estados Unidos y el Canadá no podían seguir manteniendo la suspensión de concesiones después de que las Comunidades Europeas habían adoptado la Directiva 2003/74/CE.[699]

292. Las Comunidades Europeas aducen también que el Grupo Especial constató correctamente que los Estados Unidos y el Canadá formularon una determinación de que se había producido una infracción en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Sostienen que las declaraciones que hicieron los Estados Unidos y el Canadá en las reuniones del OSD, junto con el hecho de que hubieran mantenido la suspensión de concesiones, indican que formularon una determinación "definitiva" con "firmeza o inmutabilidad" suficientes en lo que respecta a la incompatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados.[700] Además, las Comunidades Europeas discrepan de la opinión de los Estados Unidos de que el Grupo Especial dedujo la existencia de una "determinación" a partir de la falta de acción. Según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos "consideraron activamente" que la Directiva 2003/74/CE es incompatible con los Acuerdos abarcados y "mantuvieron activamente" la suspensión de concesiones.[701]

3. Argumentos de los terceros participantes

293. Australia comparte la opinión de las Comunidades Europeas de que el desacuerdo sobre si la Directiva 2003/74/CE ha suprimido la medida declarada incompatible con los Acuerdos de la OMC debería haberse resuelto mediante el recurso a un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5

[695] *Ibid.*, párrafo 62.
[696] *Ibid.*, párrafos 103, 104 y 113.
[697] *Ibid.*, párrafo 114.
[698] *Ibid.*, párrafo 115.
[699] *Ibid.*, párrafos 105 y 115.
[700] *Ibid.*, párrafos 126 y 136-138.
[701] *Ibid.*, párrafo 133.

del artículo 21.[702] No obstante, considera que un Miembro tiene la opción de mantener la suspensión de concesiones en espera del resultado del procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21.[703] Por último, Australia subraya que ninguna disposición del *Acuerdo MSF* está incluida en el mandato del Grupo Especial y que incluir alegaciones al amparo del *Acuerdo MSF* en el alcance de la presente diferencia invierte en la práctica la carga de la prueba entre las partes. Esto "es incompatible con un principio fundamental ... que la carga de acreditar una presunción *prima facie* recae sobre la parte que afirma el incumplimiento de un Acuerdo abarcado".[704]

294. El Brasil sostiene que no se ha cumplido ninguna de las tres condiciones establecidas en el párrafo 8 del artículo 22 con respecto a la terminación de la suspensión de concesiones, y, por lo tanto, la autorización para suspender concesiones otorgada por el OSD a los Estados Unidos y el Canadá sigue vigente.[705] El Brasil está de acuerdo con el Grupo Especial en que debe entenderse que la supresión de la medida declarada incompatible, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, exige un cumplimiento sustantivo. Además, afirma que en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión incumbe al Miembro demandado inicial la carga de demostrar que su medida de aplicación es compatible con las normas de la OMC.[706]

295. Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial no interpretó los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 en el contexto del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Según Nueva Zelandia, el párrafo 8 del artículo 22 se refiere a situaciones en las que realmente se ha suprimido la medida incompatible inicial, y no a aquellas en las que simplemente se alega que se ha suprimido la medida.[707] Por lo tanto, considera que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las alegaciones de las Comunidades Europeas fundadas en los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 no guardaban ninguna relación en absoluto con la cuestión de si las Comunidades Europeas habían aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas*.[708]

296. Noruega sostiene que el párrafo 8 del artículo 22 exige que la suspensión de concesiones sea temporal y condicional. Por lo tanto, una vez que se ha alcanzado el cumplimiento, ya sea mediante la simple revocación de la medida incompatible o mediante su sustitución por otra medida que garantice el cumplimiento, el derecho a suspender concesiones "expira *automáticamente*"[709] sin que

---

[702] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero participante, párrafo 15.
[703] *Ibid.*, párrafo 21.
[704] *Ibid.*, párrafo 25.
[705] Comunicación presentada por el Brasil en calidad de tercero participante, párrafo 10.
[706] *Ibid.*, párrafo 33.
[707] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante, párrafo 3.17.
[708] *Ibid.*, párrafo 3.18.
[709] Comunicación presentada por Noruega en calidad de tercero participante, párrafo 6. (las cursivas figuran en el original)

sea necesaria una revocación formal de la autorización por el OSD. Cuando las partes discrepan acerca de si la medida destinada a cumplir logra realmente el cumplimiento, como ocurre en la presente diferencia, tanto el reclamante inicial como el demandado inicial pueden recurrir al procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21.[710]

D. *Cese de la suspensión de concesiones - Párrafo 8 del artículo 22 del ESD*

1. Observaciones preliminares

297. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error al no constatar que el párrafo 2 a) del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, requería que los Estados Unidos y el Canadá iniciaran el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 si consideraban que las Comunidades Europeas, mediante la Directiva 2003/74/CE, no cumplían las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas*.[711] Las Comunidades Europeas afirman, además, que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD exige el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas* antes de que se deba poner fin a la suspensión de concesiones[712], y que el Grupo Especial se excedió de su mandato al examinar ese cumplimiento cuando analizó las alegaciones de las Comunidades Europeas correspondientes al párrafo 1 del artículo 23, el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD.[713]

298. Para simplificar la exposición, llamaremos "Miembro que suspende concesiones" al Miembro que aplica la suspensión de las concesiones al amparo de la autorización del OSD; y llamaremos "Miembro que ha de proceder a la aplicación" al Miembro contra el cual se aplica la suspensión de concesiones.

299. Las alegaciones de las Comunidades Europeas plantean varias cuestiones referentes a la situación del Miembro que suspende concesiones en los casos en que el Miembro que ha de proceder a la aplicación ha adoptado una medida para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. El primer problema se refiere a si el Miembro que suspende concesiones está o no obligado a iniciar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 si considera que con la medida de aplicación no se logra el cumplimiento. El segundo problema se refiere a la cuestión de fondo de si, con arreglo al párrafo 8 del artículo 22, se genera o no una obligación de levantar la suspensión de concesiones cuando la medida impugnada es sustituida por una medida de aplicación. Recordamos que esta diferencia se

[710] *Ibid.*, párrafo 9.
[711] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 94.
[712] *Ibid.*, párrafo 152.
[713] *Ibid.*, párrafo 175.

refiere a la licitud de la suspensión de concesiones que mantienen los Estados Unidos y el Canadá después de la adopción y notificación de la medida de aplicación adoptada por las Comunidades Europeas. La suspensión de concesiones autorizada por el OSD debe aplicarse en conformidad con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. En consecuencia, examinaremos en primer lugar si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el párrafo 8 del artículo 22 exige el cumplimiento real por las Comunidades Europeas de las recomendaciones y resoluciones del OSD antes de que los Estados Unidos y el Canadá deban poner fin a la suspensión de concesiones. Seguidamente, en la sección E, pasaremos a la cuestión de si el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 es el que corresponde seguir, y cuál de las partes debe iniciar ese procedimiento.

2. ¿Cuándo debe un Miembro de la OMC poner fin a una suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD?

300. Las Comunidades Europeas sostienen que sus alegaciones referentes al párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, están basadas en su "*interpretación* del párrafo 8 del artículo 22, conforme a la cual las palabras 'la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado' se refieren a la medida identificada en las recomendaciones del OSD".[714] Las Comunidades Europeas sostienen que la "medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" en *CE - Hormonas* era la Directiva 96/22/CE.[715] Sostienen también que la Directiva 96/22/CE "fue suprimida"[716], en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, al ser sustituida por la Directiva 2003/74/CE. Por lo tanto, los Estados Unidos y el Canadá, al mantener la suspensión de concesiones, hicieron una determinación unilateral de que la Directiva 2003/74/CE no estaba en conformidad con el *Acuerdo MSF*, infringiendo de esa forma el párrafo 1 del artículo 23 "leído a la luz del párrafo 8 del artículo 22".[717] En consecuencia, las Comunidades Europeas afirman que, contrariamente a la constatación del Grupo Especial, "nunca adujeron" que la alegación respecto del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, estuviera basada en la premisa de una violación por los Estados Unidos y el Canadá del párrafo 8 del artículo 22, y que "nunca adujeron" que esta alegación estuviera basada en la conformidad de la medida de aplicación con el *Acuerdo MSF*.[718]

301. Los argumentos de las Comunidades Europeas están basados en su interpretación del párrafo 8 del artículo 22 en el sentido de que obliga a poner fin a la suspensión de concesiones toda

[714] *Ibid.*, párrafo 102. (sin cursivas en el original)
[715] *Ibid.*, párrafo 129.
[716] *Ibid.*, párrafo 146.
[717] *Ibid.*, párrafo 102.
[718] *Ibid.*, párrafos 99 y 100 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.272; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.288).

vez que se adopta una medida de aplicación que sustituye la medida declarada incompatible en el procedimiento que dio lugar a las recomendaciones y resoluciones del OSD. Según esta interpretación, se debe poner fin a la suspensión con independencia del contenido de la medida de aplicación. Por lo tanto, pasaremos a examinar la interpretación correcta del párrafo 8 del artículo 22 y, en particular, de la frase "se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado", que figura en esa disposición.

302. El párrafo 7 del artículo 3 del ESD 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". Si no puede lograrse tal cosa, el "último recurso" previsto en el ESD "para el Miembro que se acoja a los procedimientos de solución de diferencias es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria contra el otro Miembro, la aplicación de concesiones ... siempre que el OSD autorice la adopción de estas medidas". Por consiguiente, en el caso de que las recomendaciones y resoluciones del OSD no se apliquen en un plazo prudencial, el párrafo 1 del artículo 22 prevé la suspensión de concesiones como "medida temporal" al alcance del Miembro que promovió inicialmente el procedimiento de solución de diferencias.[719]

303. La suspensión de concesiones no puede mantenerse indefinidamente. La autorización para suspender concesiones es condicional y limitada en el tiempo. El párrafo 8 del artículo 22 del ESD dispone que la suspensión de concesiones será "temporal" y sólo se aplicará hasta que se cumpla alguna de las tres condiciones resolutorias que se establecen en el mismo, a saber:

> ... 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.

304. Los participantes están de acuerdo en que esta diferencia se refiere a la primera de las condiciones enumeradas en el párrafo 8 del artículo 22, es decir, que "se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado". En la mayoría de los casos, la primera condición establecida en el párrafo 8 del artículo 22 se cumplirá cuando el Miembro que ha de proceder a la aplicación derogue la medida incompatible sin adoptar ninguna medida nueva en su lugar. Pero la

[719] El párrafo 6 del artículo 22 especifica que, el OSD, previa petición formulada dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial por el Miembro que ha recurrido al procedimiento de solución de diferencias, concederá autorización para suspender concesiones, o decidirá por consenso desestimar la petición. Además, en el párrafo 6 del artículo 22 se prevé un procedimiento arbitral para determinar el nivel adecuado de la suspensión de concesiones y/o los sectores respecto de los cuales se autoriza la suspensión. Con respecto al nivel de la suspensión de concesiones, el párrafo 4 del mismo artículo exige que sea "equivalente al nivel de la anulación o menoscabo".

cuestión que se plantea en esta diferencia es si una medida incompatible con las normas de la OMC debe considerarse "suprimida" cuando se la sustituye por una medida de aplicación nueva. Tomado en términos literales, suprimir la medida incompatible podría significar que el Miembro que ha de proceder a la aplicación ha adoptado un instrumento que deroga formalmente la medida incompatible y la sustituye por otra, con independencia del contenido de la nueva medida y, en particular, de su conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, tal interpretación literal de la primera condición del párrafo 8 del artículo 22 no se compadece con las otras dos condiciones establecidas en esa disposición. La segunda condición del párrafo 8 de dicho artículo exige que se ponga fin a la suspensión de concesiones cuando "el Miembro que deba cumplir la recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas", mientras que la tercera condición se refiere al caso en que "se llegue a una solución mutuamente satisfactoria". La referencia a "una solución a la anulación o menoscabo de ventajas" indica que lo que debe repararse antes de que surja la obligación de poner fin a la suspensión de concesiones es la incompatibilidad resultante de la medida, y no su mera existencia. Además, al basar el cese de la suspensión de concesiones en una "solución", ya sea ofrecida unilateralmente (en la segunda condición) o alcanzada mediante un acuerdo (en la tercera), las dos condiciones exigen una solución sustantiva de la diferencia. En ambas condiciones el poner término a la suspensión de concesiones constituye la etapa final de una diferencia en la que se da una solución sustantiva a la incompatibilidad declarada por el OSD. Para alcanzar un resultado similar en la primera condición, no puede interpretarse el párrafo 8 del artículo 22 en el sentido de que obliga a poner fin a la suspensión de concesiones meramente sobre la base de la derogación formal de la medida que el OSD ha declarado incompatible. Las tres condiciones previstas en el párrafo 8 del artículo 22 se refieren a las circunstancias en que debe ponerse fin a la suspensión de concesiones porque ha habido una solución definitiva y sustantiva de la diferencia.

305. Si se interpreta la primera frase del párrafo 8 del artículo 22 en su conjunto, lo correcto sería entender que la "supresión" de la "medida declarada incompatible" requiere la supresión sustantiva de la medida incompatible, y no algo que sea menos que eso. Esa supresión sustantiva puede alcanzarse mediante la derogación de la medida incompatible. Cuando un Miembro de la OMC adopta una medida de aplicación que sustituye la medida incompatible, la medida de aplicación debe dar lugar al cumplimiento sustantivo, es decir, al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD y a la compatibilidad con los Acuerdos abarcados. Reconocemos que la primera condición del párrafo 8 del artículo 22 puede interpretarse con un alcance más restringido, en el sentido de que sólo se refiere al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, una diferencia no podría alcanzar su finalidad a menos que la medida de aplicación rectificase las incompatibilidades declaradas en las recomendaciones y resoluciones del OSD y no fuese

incompatible, en otros sentidos, con los Acuerdos abarcados. Por lo tanto, interpretar la primera condición en el sentido de que exige el cumplimiento sustantivo asegurará que esa primera condición del párrafo 8 del artículo 22 alcance el resultado obtenido si se cumplen las otras dos condiciones de la misma disposición, es decir, la solución definitiva y sustantiva de la diferencia. Tal interpretación también es congruente con el alcance del procedimiento relativo al cumplimiento que prevé el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Con arreglo a la primera frase de esta norma, el procedimiento relativo al cumplimiento comprende la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD y la compatibilidad de dichas medidas con los acuerdos abarcados. Como se analizará más detenidamente en la Sección E, el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 es el que corresponde seguir para determinar si la medida incompatible ha sido suprimida en el sentido del párrafo 8 del artículo 22.

306. Por lo tanto, en lo referente a la primera condición del párrafo 8 del artículo 22, la suspensión de concesiones puede continuar hasta que la supresión de la medida declarada incompatible por el OSD dé lugar al cumplimiento sustantivo. En caso de desacuerdo acerca de si se ha alcanzado el cumplimiento sustantivo, no es posible confirmar el cumplimiento de la primera condición del párrafo 8 del artículo 22 sin que el desacuerdo se resuelva mediante un procedimiento multilateral de solución de diferencias. De este modo, la suspensión de concesiones se mantiene en espera del resultado del procedimiento de solución de diferencias relativo a la primera condición resolutoria del párrafo 8 del artículo 22. En caso de constatarse, mediante el procedimiento multilateral de solución de diferencias, que la medida de aplicación da lugar al cumplimiento sustantivo, la suspensión de concesiones no puede seguir aplicándose en virtud de la primera condición del párrafo 8 del artículo 22, y se ha de poner fin a la misma.

307. Esta interpretación encuentra apoyo en la segunda frase del párrafo 8 del artículo 22, que dispone lo siguiente:

> De conformidad con lo establecido en el párrafo 6 del artículo 21, el OSD *mantendrá sometida a vigilancia* la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas, con inclusión de los casos en que ... se hayan suspendido concesiones u otras obligaciones *pero no se hayan aplicado las recomendaciones de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados*.

La segunda frase del párrafo 8 del artículo 22 requiere la vigilancia por el OSD hasta que se hayan aplicado sus recomendaciones de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados. En otras palabras, se requiere la vigilancia por el OSD hasta que se alcance un cumplimiento sustantivo.

308. Además, esta interpretación del párrafo 8 del artículo 22 está en conformidad con el contexto más amplio que ofrecen las demás disposiciones del ESD referentes a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD y al objeto y fin del ESD. El párrafo 1 del artículo 22 del ESD establece que la suspensión de concesiones no es "preferible a la aplicación *plena* de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados".[720] Las prescripciones del párrafo 5 del artículo 21 de examinar si existen medidas de aplicación y si las medidas destinadas a cumplir son compatibles con los acuerdos abarcados también sugieren la necesidad del cumplimiento sustantivo y no la supresión formal de la medida incompatible. Además, con arreglo al párrafo 7 del artículo 3, la suspensión de concesiones es el "último recurso" de que disponen los Miembros que recurren al procedimiento de solución de diferencias cuando no se ha alcanzado dentro del plazo prudencial el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Exigir que se ponga fin a la suspensión de concesiones antes de haberse alcanzado el cumplimiento sustantivo debilitaría considerablemente la eficacia del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. El Miembro autorizado por el OSD para suspender concesiones goza de la garantía que da el párrafo 8 del artículo 22 de que la suspensión de concesiones seguirá estando permitida conforme al ESD hasta que se alcance el cumplimiento sustantivo o, en caso de desacuerdo, hasta que se lo confirme por un procedimiento multilateral.

309. Las Comunidades Europeas sostienen que las tres condiciones mencionadas en el párrafo 8 del artículo 22 acerca de la terminación de la suspensión de concesiones son alternativas entre sí y que para determinar si la suspensión de concesiones debe cesar basta examinar una condición sin tomar en consideración las otras.[721] Estamos de acuerdo en que las tres condiciones mencionadas en el párrafo 8 del artículo 22 son alternativas entre sí. Pero son alternativas que dan lugar a un mismo resultado: la terminación de la suspensión de concesiones y la solución definitiva de la diferencia. Resulta difícil imaginar cómo podría una diferencia quedar definitivamente resuelta por el solo hecho de que se haya suprimido formalmente la medida incompatible, con independencia de que se haya alcanzado o no el cumplimiento sustantivo. Las Comunidades Europeas sostienen también que la segunda frase del párrafo 8 del artículo 22 contempla la posibilidad de situaciones en que "se ha suprimido una medida" pero "la cuestión permanece bajo la vigilancia del OSD".[722] La segunda frase del párrafo 8 del artículo 22 requiere específicamente la vigilancia por el OSD cuando "*se hayan suspendido concesiones ... pero* no se hayan aplicado las recomendaciones de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados". De este modo, esta disposición sitúa claramente la

[720] Además, con arreglo al párrafo 3 del artículo 3, la "pronta solución" de las diferencias "es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros".

[721] Declaración de las Comunidades Europeas en la audiencia.

[722] *Ibid.*

continuación de la vigilancia en el contexto del mantenimiento de la suspensión de concesiones, indicando que la autorización para suspenderlas no caduca en virtud del párrafo 8 del artículo 22 mientras no se alcance el cumplimiento sustantivo. Además, la posición de las Comunidades Europeas, que exige la terminación de la suspensión de concesiones toda vez que se notifica una medida de aplicación, menoscaba la eficacia de la suspensión de concesiones para inducir al pleno cumplimiento. Tal posición resulta difícil de conciliar con el objetivo del ESD de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio.

310. Aunque el párrafo 8 del artículo 22 establece las condiciones resolutorias en virtud de las cuales debe dejar de aplicarse la suspensión de concesiones, esa disposición no indica el procedimiento que se ha de seguir en caso de plantearse una diferencia acerca de si se ha cumplido o no una de esas condiciones. Esto no significa que los Miembros puedan permanecer pasivos una vez que se han suspendido concesiones al amparo de la autorización del OSD. El requisito de que la suspensión de concesiones sea temporal indica que ésta, como último recurso que ofrece el ESD cuando no se alcanza el cumplimiento, constituye una situación anómala que no está destinada a subsistir indefinidamente. Los Miembros deben actuar en colaboración para que con la mayor rapidez posible se restablezca la normalidad: es decir, que se cumplan los Acuerdos abarcados y no haya suspensión de concesiones. De este modo, tanto el Miembro que suspende concesiones como el Miembro que ha de proceder a la aplicación comparten la responsabilidad de asegurar que la suspensión de concesiones se aplique de forma "temporal". Además, el cumplimiento de la primera condición resolutoria del párrafo 8 del artículo 22 exige ciertas medidas de ambos Miembros. El Miembro que ha de proceder a la aplicación debe suprimir la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado. Al mismo tiempo, el Miembro que suspende concesiones debe asegurar que esa suspensión sólo se aplique dentro de los límites que fija el párrafo 8 del artículo 22. Cuando, como en la presente diferencia, se adopta una medida de aplicación y los Miembros están en desacuerdo acerca de si con tal medida se alcanza el cumplimiento sustantivo, ambos Miembros tienen el deber de recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC para determinar si se han cumplido o no las condiciones del párrafo 8 del artículo 22 y si, por consiguiente, se debe poner fin a la suspensión de concesiones. Una vez confirmado el cumplimiento sustantivo a través del procedimiento de solución de diferencias de la OMC, la autorización para suspender concesiones queda sin efecto de pleno derecho (*ipso jure*), porque ha quedado determinado el cumplimiento de una de las condiciones resolutorias previstas en el párrafo 8 del artículo 22.[723] En la sección E

[723] En cambio, en caso de que se suprima una medida incompatible sin sustituirla por una medida nueva, en la mayor parte de los casos se cumpliría la condición objetiva del párrafo 8 del artículo 22 y la facultad de suspender concesiones caducaría automáticamente.

examinaremos las vías procesales que pueden existir en caso de manifestarse un desacuerdo acerca del cumplimiento de las condiciones previstas en el párrafo 8 del artículo 22.

3. El análisis del Grupo Especial relativo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD

311. El Grupo Especial constató que "la frase 'hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado' [del párrafo 8 del artículo 22] significa que se haya suprimido la ilegalidad en sí misma, y no solamente la medida".[724] El Grupo Especial consideró que esta interpretación está confirmada por la segunda frase del párrafo 8 del artículo 22, que se refiere a la vigilancia por el OSD de situaciones en que se han suspendido obligaciones pero no se han aplicado las recomendaciones de poner una medida en conformidad con los Acuerdos abarcados. A juicio del Grupo Especial, la segunda frase implica que "lo que debe lograrse no es la supresión de la medida sino el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD".[725] En consecuencia, según el Grupo Especial, "sólo es posible infringir el párrafo 8 del artículo 22 si las Comunidades Europeas han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD y [los Estados Unidos y el Canadá] no han suprimido inmediatamente su suspensión de concesiones u otras obligaciones".[726] Consideramos que el Grupo Especial actuó acertadamente al llegar a esta constatación. En la subsección 2 hemos constatado que la frase "hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible", que figura en el párrafo 8 del artículo 22, exige el cumplimiento sustantivo y que la suspensión de concesiones puede mantenerse hasta que se alcance dicho cumplimiento.

312. Las Comunidades Europeas ponen de relieve las declaraciones del Grupo Especial, hechas en relación con sus constataciones de infracciones de carácter procesal en el marco del párrafo 2 a) del artículo 23 y el párrafo 1 del mismo artículo, de que la Directiva 2003/74/CE "presenta ... todas las señales de una medida adoptada de buena fe".[727] Las Comunidades Europeas sostienen que, una vez que un Miembro ha adoptado una medida de aplicación, que de buena fe considera que da lugar al cumplimiento, la suspensión de concesiones no puede seguir aplicándose.[728] Por lo tanto, la cuestión que plantea esta alegación es si la "supresión" de una medida incompatible, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, puede determinarse sobre la única base de una presunción de cumplimiento de buena fe por las Comunidades Europeas.

---

[724] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.283; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.299.

[725] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.284; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.300.

[726] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.285; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.301.

[727] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.238; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.231.

[728] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 141.

313. El ESD hace referencia a la "buena fe" en dos disposiciones: el párrafo 3 del artículo 4, relativo a las consultas, y el párrafo 10 del artículo 3, que dispone que, "si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla". Estas disposiciones requieren que los Miembros actúen de buena fe respecto de la iniciación de una diferencia y en su comportamiento durante el respectivo procedimiento. Ninguna de estas disposiciones se refiere específicamente a la cuestión de si los Miembros gozan de una presunción de cumplimiento de buena fe respecto de las medidas que adoptan para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD.

314. El Órgano de Apelación ha reconocido que el principio de buena fe, un principio firmemente reconocido en derecho internacional, es aplicable a la solución de diferencias en la OMC. Como declaró el Órgano de Apelación en *CE - Sardinas*:

> Debemos suponer que los Miembros de la OMC acatarán de buena fe las obligaciones derivadas de los tratados, como lo exige el principio *pacta sunt servanda*, expresado en el artículo 26 de la *Convención de Viena*. *Y, en materia de solución de diferencias, todos los Miembros de la OMC deben dar por supuesta la buena fe de todos los demás Miembros*.[729] (sin cursivas en el original)

315. Cabe suponer que el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD ha actuado de buena fe al adoptar la medida de aplicación. Sin embargo, la presunción de buena fe se refiere al agente y no al acto mismo. Por lo tanto, aunque se aplique la presunción de buena fe a los motivos por los que obra un Miembro, esa presunción no da respuesta a la pregunta acerca de si la medida adoptada por el Miembro que ha de proceder a la aplicación ha dado efectivamente lugar a un cumplimiento sustantivo. Análogamente, también cabe suponer que el Miembro que suspende concesiones actúa de buena fe al mantener esa suspensión, pero no se sigue de ello que la suspensión de concesiones esté necesariamente en conformidad con el párrafo 8 del artículo 22. Si surge un desacuerdo con respecto a si la medida de aplicación logra el cumplimiento sustantivo y si la suspensión de concesiones puede mantenerse, se debe someter tal desacuerdo al procedimiento de solución de diferencias a efectos de su resolución. En síntesis, la presunción de buena fe, que puede ser invocada por ambas partes, no da una respuesta clara a la cuestión de cuándo se pueden considerar suprimidas, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, las incompatibilidades de la medida inicial.

316. A la luz de nuestra interpretación de la presunción de buena fe, no estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que haya una contradicción entre la afirmación de que la Directiva 2003/74/CE es una medida adoptada de buena fe y la interpretación del párrafo 8 del

[729] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Sardinas*, párrafo 278.

artículo 22 conforme a la cual es preciso que exista cumplimiento sustantivo para que se satisfaga la primera condición resolutoria. Aunque se presuma que las Comunidades Europeas actuaron de buena fe al adoptar la medida de aplicación, ello no significa que con la medida se haya alcanzado un cumplimiento sustantivo.

317. Si hubiera que determinar la supresión de una medida declarada incompatible sobre la única base de una presunción de cumplimiento de buena fe, la autorización del OSD para suspender concesiones caducaría con la adopción de la medida de aplicación y una mera declaración unilateral del Miembro que ha de proceder a la aplicación de que ha suprimido la medida incompatible. Como se expuso antes, la suspensión de concesiones es el último recurso de que dispone el Miembro que ha impugnado con éxito la compatibilidad con los Acuerdos abarcados de una medida adoptada por otro Miembro. La autorización del OSD para suspender concesiones está precedida necesariamente por un procedimiento de solución de diferencias de múltiples etapas. Ese procedimiento puede incluir: i) consultas; ii) actuaciones de un grupo especial; iii) examen en apelación; iv) adopción de los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación; v) arbitraje para determinar el plazo prudencial para la aplicación; vi) procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento; vii) examen en apelación sobre el cumplimiento; y viii) arbitraje para determinar el nivel de la suspensión de concesiones. La autorización para suspender concesiones, por lo tanto, se otorga después de un largo proceso de solución multilateral de la diferencia, en que los órganos resolutorios pertinentes, así como el OSD, dictan decisiones multilaterales en etapas fundamentales de ese proceso. Admitir la expiración de la suspensión de concesiones como consecuencia de la aplicación de una presunción de buena fe respecto de una declaración unilateral de cumplimiento originaría un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los reclamantes y los demandados que consagra el ESD y menoscabaría la eficacia del mecanismo de solución de diferencias para aportar seguridad y previsibilidad. Si el demandado inicial considera que ha aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en tal forma que se ha alcanzado el cumplimiento sustantivo, y el reclamante que ha sido autorizado para suspender concesiones no está de acuerdo, tal discrepancia debe resolverse multilateralmente mediante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Por tanto, compartimos el punto de vista del Canadá de que la interpretación propuesta por las Comunidades Europeas es "una interpretación excesivamente restringida y formalista, que no sitúa el párrafo 8 del artículo 22 en su debido contexto conforme a los términos del ESD".[730]

318. En consecuencia, discrepamos de la afirmación de las Comunidades Europeas de que "la mera *existencia* de una medida de aplicación adoptada de buena fe y su posterior notificación al OSD"

[730] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 21.

exigen que los Estados Unidos y el Canadá pongan fin a la aplicación de la suspensión de concesiones autorizada por el OSD.[731]

319. Las Comunidades Europeas alegan, además, que el Grupo Especial "incurrió fundamentalmente en un error" en la forma en que identificó la "medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" a fin de determinar si "ha sido suprimida" en el sentido del párrafo 8 del artículo 22.[732] Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial constató en *CE - Hormonas* que la Directiva 96/22/CE, es decir, la medida declarada incompatible con el *Acuerdo MSF*, "fue suprimida". Sin embargo, el Grupo Especial también sostuvo que la consideración de la Directiva 96/22/CE como la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 "no es satisfactoria, ya que la Directiva 96/22/CE fue reemplazada por la Directiva 2003/74/CE, que también impone una prohibición a la importación".[733]

320. Recordamos que en *CE - Hormonas* se constató que la Directiva 96/22/CE era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* porque la prohibición de las importaciones impuesta por esa Directiva para la carne de bovinos tratados con las seis hormonas en litigio no se basó en una evaluación del riesgo que estuviera en conformidad con las prescripciones del *Acuerdo MSF*.[734] Para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, las Comunidades Europeas tenían que suprimir la prohibición de las importaciones o asegurar que esa prohibición tuviese una adecuada justificación con arreglo al *Acuerdo MSF* por estar basada en una evaluación del riesgo conforme al párrafo 1 del artículo 5, o como una medida provisional conforme al párrafo 7 de ese artículo. Por tanto, la sustitución de la Directiva 96/22/CE por la Directiva 2003/74/CE no basta para que la medida declarada incompatible en *CE - Hormonas* se considere suprimida a los efectos del párrafo 8 del artículo 22 del ESD.

321. Las Comunidades Europeas también afirman que "interpretar que el párrafo 8 del artículo 22 se refiere al 'cumplimiento real' permitiría al Miembro reclamante inicial formular una determinación unilateral del valor sustantivo de la medida destinada a cumplir sin recurrir a los procedimientos del ESD y sin respetar el párrafo 5 del artículo 21 del ESD".[735] A nuestro juicio, este argumento confunde la interpretación adecuada del párrafo 8 del artículo 22 con la cuestión del procedimiento adecuado para resolver las diferencias referentes a esa disposición. Como se ha explicado, el

[731] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 101. (las cursivas figuran en el original)
[732] *Ibid.*, párrafo 145.
[733] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.283; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.299.
[734] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 6 y 253.
[735] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 152.

párrafo 8 del artículo 22 establece las condiciones resolutorias en virtud de las cuales debe ponerse fin a la suspensión de concesiones, incluida la condición de que la suspensión de concesiones sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible. La interpretación correcta del párrafo 8 del artículo 22 es que, una vez que se ha alcanzado el cumplimiento sustantivo, el Miembro que suspende concesiones debe poner fin a la aplicación de la suspensión. Pero esto no responde a la pregunta relativa al procedimiento que corresponde seguir en caso de que surja un desacuerdo acerca de si se ha alcanzado o no el cumplimiento sustantivo y se ha cumplido la condición resolutoria del párrafo 8 del artículo 22. En la sección E nos referiremos a las vías procesales existentes.

4. ¿Se excedió de su mandato el Grupo Especial al abordar la conformidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*?

322. Las Comunidades Europeas alegan que, como parte del examen de la segunda serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas respecto del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, el Grupo Especial se excedió de su mandato al examinar la conformidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas sostienen que presentaron una alegación basada en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD con carácter subsidiario, es decir, únicamente para el caso de que el Grupo Especial no constatase ninguna violación de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23, el párrafo 7 del artículo 3, el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.[736] En su alegación subsidiaria, las Comunidades Europeas aducen que los Estados Unidos y el Canadá estaban obligados a poner fin a la suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 porque la Directiva 2003/74/CE dio lugar a un cumplimiento real (y no sólo presunto) de las recomendaciones y resoluciones del OSD.[737] Las Comunidades Europeas explican que presentaron la alegación subsidiaria porque "confiaban en que, de cualquier modo, ... la Directiva 2003/74/CE estaba en plena conformidad con las obligaciones que les correspondían en el marco de la OMC".[738] Por lo tanto, según afirman las Comunidades Europeas, el Grupo Especial se excedió de su mandato "al hacer caso omiso de la secuencia de las alegaciones jurídicas formuladas por las Comunidades Europeas" y al tratar la cuestión del cumplimiento real para determinar si los Estados Unidos y el Canadá infringían el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.[739]

---

[736] *Ibid.*, párrafo 166.
[737] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.156; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.143.
[738] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 103.
[739] *Ibid.*, párrafo 175.

323. Recordamos que, en apoyo de su alegación respecto del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3, las Comunidades Europeas sostienen que la Directiva 96/22/CE "fue suprimida"[740], en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, tras haber sido reemplazada por la Directiva 2003/74/CE y que "la mera *existencia* de una medida de aplicación adoptada de buena fe y su subsiguiente notificación al OSD" obligaban a los Estados Unidos y el Canadá a poner fin a la suspensión de concesiones.[741] Las Comunidades Europeas añaden que el mantenimiento de la suspensión de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá y el hecho de que no iniciaran el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 supone necesariamente que han formulado una determinación unilateral de incompatibilidad de la medida de aplicación con las recomendaciones y resoluciones del OSD, "en infracción del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD".[742] Por consiguiente, la afirmación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron el párrafo 1 del artículo 23 al formular "una determinación unilateral" está basada en la supuesta omisión de estos últimos de poner fin a la suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 después de la supresión de la Directiva 96/22/CE, así como en su supuesta omisión de iniciar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.

324. Conforme a la conclusión a que hemos llegado en las secciones anteriores, la medida incompatible no debe considerarse suprimida en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 a menos que se haya alcanzado el cumplimiento sustantivo. Por lo tanto, la cuestión de si con la Directiva 2003/74/CE las Comunidades Europeas habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas* era una cuestión que el Grupo Especial tenía que resolver para poder determinar si los Estados Unidos y el Canadá estaban obligados a poner fin a la suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 y si el hecho de no hacerlo constituía una infracción del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Las Comunidades Europeas sostuvieron ante el Grupo Especial que no tenían que demostrar el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD porque debía beneficiarles una presunción de cumplimiento de buena fe respecto de la Directiva 2003/74/CE.[743] Hemos llegado, sin embargo, a la conclusión de que una presunción de que las Comunidades Europeas actuaron de buena fe al adoptar la Directiva 2003/74/CE no basta para acreditar la supresión, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, de la medida declarada incompatible en *CE - Hormonas*.

---

[740] *Ibid.*, párrafo 146.
[741] *Ibid.*, párrafo 101. (las cursivas figuran en el original)
[742] *Ibid.*, párrafo 101.
[743] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.286; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.302.

325. En apelación, las Comunidades Europeas subrayan que la Directiva 96/22/CE fue sustituida por la Directiva 2003/74/CE, y de este modo la medida incompatible fue suprimida. En las secciones anteriores hemos rechazado la interpretación formalista de las Comunidades Europeas de la frase "se haya suprimido la medida declarada incompatible", conforme a la cual la derogación de la medida inicial y su sustitución por una medida nueva obligaría a poner fin a la suspensión, con independencia del contenido de la nueva medida. Por lo tanto, la distinción que las Comunidades Europeas establecen entre su segunda serie de alegaciones principales y su alegación subsidiaria está basada, a nuestro juicio, en una interpretación inexacta del párrafo 8 del artículo 22. La circunstancia de que las Comunidades Europeas calificaran la cuestión del cumplimiento real mediante la Directiva 2003/74/CE como una alegación subsidiaria no impedía al Grupo Especial evaluar si existía un cumplimiento sustantivo, si tal cosa era necesaria para pronunciarse sobre la segunda alegación principal de las Comunidades Europeas referente al párrafo 1 del artículo 23, el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3. Por el contrario, el Grupo Especial no habría interpretado ni aplicado correctamente el párrafo 8 del artículo 22 si hubiera seguido el criterio de las Comunidades Europeas absteniéndose de tratar la cuestión de si la derogación de la Directiva 96/22/CE y su sustitución por la Directiva 2003/74/CE daban lugar a un cumplimiento sustantivo.

326. En *CE - Hormonas* se constató que la prohibición impuesta por las Comunidades Europeas a la importación de carne de bovinos tratados con estradiol-17β, progesterona, testosterona, acetato de trembolona, zeranol o MGA era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* porque no estaba basada en una evaluación del riesgo adecuada.[744] Para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, las Comunidades Europeas adoptaron la Directiva 2003/74/CE, que derogó la Directiva 96/22/CE. Mediante la Directiva 2003/74/CE se aplica una prohibición a la importación de carne de bovinos tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento, mientras que la importación de carne de bovinos tratados con las otras cinco hormonas se prohíbe con carácter provisional. Según las Comunidades Europeas, la Directiva 2003/74/CE está basada en una evaluación del riesgo detallada que "justifica suficientemente"[745] la prohibición permanente de la importación en lo que respecta al estradiol-17β y, en consecuencia, es compatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas también sostienen que la evaluación del riesgo proporciona "la información pertinente de que dispon[ían]", sobre cuya base se dispuso la prohibición provisional referente a las otras cinco hormonas. Por lo tanto, en opinión de las Comunidades Europeas, la prohibición provisional de las importaciones es compatible con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, que autoriza a los Miembros a adoptar provisionalmente

[744] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 208.
[745] Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas al Grupo Especial, párrafo 17 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, apartado l del párrafo 253 l)).

medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que dispongan "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes". Sobre esta base, las Comunidades Europeas aducen que han aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas*.[746]

327. El Grupo Especial abordó la conformidad de la prohibición de las importaciones impuesta por la Directiva 2003/74/CE con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[747] Hemos constatado que las Comunidades Europeas estaban obligadas a un cumplimiento sustantivo para que los Estados Unidos y el Canadá tuviesen la obligación de poner fin a la suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Las recomendaciones y resoluciones del OSD correspondientes a *CE - Hormonas* incluían una constatación de que la prohibición de la importación de carne de bovinos tratados con estradiol-17β era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* porque no estaba basada en una evaluación del riesgo adecuada. Por lo tanto, para determinar si las Comunidades Europeas habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD, el Grupo Especial tenía que examinar si las Comunidades Europeas habían puesto su prohibición de las importaciones en relación con el estradiol-17β en conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* basando la prohibición de importación incluida en la Directiva 2003/74/CE respecto de la misma sustancia en una evaluación del riesgo adecuada.

328. El párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* nos plantea una situación un tanto diferente. Las Comunidades Europeas no invocaron esa disposición en *CE - Hormonas* para justificar su prohibición de la importación de carne de bovinos tratados con las otras cinco hormonas. En consecuencia, las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas* no incluían constataciones respecto del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En cambio, se constató que la prohibición de las importaciones en relación con las otras cinco hormonas era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 porque no estaba basada en una evaluación del riesgo adecuada. Esto plantea la cuestión de si el cambio de la justificación invocada por las Comunidades Europeas impedía al Grupo Especial examinar su conformidad con el *Acuerdo MSF* y, en particular, con el párrafo 7 del

[746] *Ibid.*, párrafo 17.

[747] Observamos que el Grupo Especial examinó, y rechazó, la alegación de los Estados Unidos de que la Directiva 2003/74/CE era incompatible con el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.573.) Además, tanto los Estados Unidos como el Canadá alegaron ante el Grupo Especial que la Directiva 2003/74/CE era incompatible con el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial consideró innecesario examinar las alegaciones basadas en el párrafo 3 del artículo 3 por haber llegado antes a la conclusión de que la Directiva 2003/74/CE no era compatible con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. (*Ibid.*, párrafo 7.846; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.831.) Las constataciones del Grupo Especial con respecto al párrafo 2 del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* no fueron apeladas. En consecuencia, constatamos que no nos es preciso examinar si esas dos disposiciones fueron debidamente sometidas al Grupo Especial.

artículo 5, disposición que no formaba parte de las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas*. A nuestro juicio, nada impedía que el Grupo Especial evaluara la conformidad de la Directiva 2003/74/CE con el párrafo 7 del artículo 5 por las razones que siguen. La prohibición definitiva de las importaciones que fue objeto de la diferencia *CE - Hormonas* y que fue declarada incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 ha sido sustituida, en virtud de la Directiva 2003/74/CE, por una prohibición provisional relativa a las otras cinco hormonas. La prohibición de la importación se aplica a los mismos productos: la carne de bovinos tratados con progesterona, testosterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA. Las Comunidades Europeas sustituyeron la prohibición definitiva inicial por una prohibición provisional e invocaron el párrafo 7 del artículo 5 como justificación sustitutiva del párrafo 1 del mismo artículo. Las Comunidades Europeas han caracterizado la prohibición de la importación como provisional y han procurado justificarla sobre la base del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*:

> La nueva Directiva dispone que el uso para la estimulación del crecimiento de los animales de una de las seis hormonas objeto de la diferencia está permanentemente prohibido, en tanto que el uso de las otras cinco está provisionalmente prohibido. Se basa en una evaluación del riesgo exhaustiva y, en consecuencia, cumple plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD. En particular, como estipuló el Órgano de Apelación, los resultados de la evaluación del riesgo "justifica[n] en forma suficiente" la prohibición definitiva de las importaciones con respecto a una de las hormonas (párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*), y proporcionan "la información pertinente de que dispon[ían]" sobre la base de la cual se adoptó la prohibición provisional con respecto a las otras cinco hormonas (párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*). En consecuencia, mediante la Directiva 2003/74/CE, las Comunidades Europeas han aplicado las resoluciones y recomendaciones en el asunto *Hormonas*.[748] (no se reproduce la nota de pie de página)

El párrafo 8 del artículo 22 exige el cumplimiento sustantivo de las recomendaciones y resoluciones del OSD. No puede afirmarse que un cambio de justificación, por sí solo, logre el cumplimiento sustantivo. El cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD respecto del párrafo 1 del artículo 5 y la prohibición definitiva de las cinco hormonas no puede determinarse sin examinar la nueva justificación de la prohibición provisional basada en el párrafo 7 del artículo 5. Si la nueva justificación de la prohibición no está en conformidad con el *Acuerdo MSF*, no se habrá alcanzado el cumplimiento sustantivo.

329. Recordamos que el Órgano de Apelación ha declarado que "en virtud del artículo 7 del ESD el mandato de los grupos especiales se rige por la solicitud de su establecimiento".[749] Reconocemos

[748] Primera comunicación escrita de las Comunidades Europeas al Grupo Especial, párrafo 17.
[749] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Acero al carbono*, párrafo 124.

que en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial formuladas por las Comunidades Europeas no se enumeran los párrafos 1 y 7 del artículo 5.[750] También tenemos presente que la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el demandado inicial en la etapa posterior a la suspensión de concesiones es distinta de una solicitud de establecimiento de un grupo especial correspondiente al procedimiento inicial y al procedimiento referente al cumplimiento en la etapa anterior a la suspensión de concesiones. Las Comunidades Europeas, en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial, afirman que han dado cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD que incluían una infracción del párrafo 1 del artículo 5. Dan la siguiente razón por la que las suspensiones de concesiones han dejado de estar justificadas:

> En la misma comunicación [en que se notificó al OSD la Directiva 2003/74/CE], las Comunidades Europeas explicaron que consideraban que habían puesto plenamente en aplicación las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas* y que, como consecuencia, consideraban que la suspensión de concesiones a las Comunidades Europeas por [los Estados Unidos y el Canadá] ya no estaba justificada.[751] (no se reproduce la nota de pie de página)

330. La Directiva 2003/74/CE estipula que la prohibición definitiva inicial de las importaciones que había sido declarada incompatible con los Acuerdos abarcados quedaba sustituida por una prohibición permanente respecto del estradiol-17β y una prohibición provisional en relación con las otras cinco hormonas. En la prohibición provisional, como ya se ha explicado, entra en juego el párrafo 7 del artículo 5. Además, en las solicitudes de establecimiento de un grupo especial se reconoce que los Estados Unidos y el Canadá no consideraban que la Directiva 2003/74/CE cumpliese las disposiciones del *Acuerdo MSF*:

> Los [Estados Unidos y el Canadá] no estuvieron de acuerdo, y negaron que la nueva Directiva estuviera científicamente justificada y que pusiera en aplicación las recomendaciones y resoluciones del OSD. [Los Estados Unidos y el Canadá] declararon formalmente en el OSD que consideraban que la nueva Directiva era incompatible con las obligaciones contraídas por las Comunidades Europeas en virtud del *Acuerdo MSF* y que continuarían imponiendo derechos de retorsión sobre determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas.[752] (no se reproducen las notas de pie de página)

331. Por último, en su solicitud, las Comunidades Europeas alegan que los actos de los Estados Unidos y el Canadá son incompatibles con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. De las solicitudes de establecimiento de un grupo especial resulta evidente que la compatibilidad con el párrafo 8 del artículo 22 del mantenimiento de la suspensión de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá

[750] WT/DS320/6; WT/DS321/6.
[751] *Ibid.*
[752] *Ibid.*

estaba vinculada con la aplicación por las Comunidades Europeas de las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas*. No podemos ver cómo las reclamaciones enumeradas explícitamente por las Comunidades Europeas en sus solicitudes de establecimiento de un grupo especial podrían resolverse aisladamente respecto de la cuestión de si con la Directiva 2003/74/CE las Comunidades Europeas habían cumplido esas recomendaciones y resoluciones del OSD.

332. Tomados conjuntamente, estos elementos respaldan la conclusión de que la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* formaba parte del asunto que el Grupo Especial debía examinar. En tales circunstancias, rechazamos la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial se excedió de su mandato al abordar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Confirmamos la constatación del Grupo Especial de que "tiene jurisdicción para considerar la compatibilidad de la medida de aplicación [de las Comunidades Europeas] con el *Acuerdo MSF* como parte de su examen de la alegación planteada por las Comunidades Europeas con respecto al párrafo 8 del artículo 22 del ESD".[753]

E. *Vías procesales para resolver los desacuerdos acerca de si se ha suprimido la medida incompatible con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD*

1. ¿Cuál es la vía procesal procedente para resolver un desacuerdo acerca de si la medida incompatible ha sido suprimida?

333. Las Comunidades Europeas aducen que, cuando un Miembro de la OMC continúa suspendiendo concesiones porque considera que la medida de aplicación no da cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD o tiene otra incompatibilidad con los acuerdos abarcados, el Miembro está obligado a iniciar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.

334. El párrafo 5 del artículo 21 dispone lo siguiente:

> En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.

[753] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.379; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.376.

335. Las Comunidades Europeas interpretan que las expresiones "se resolverá" y "con intervención" (en el texto inglés: "*including*") indican una obligación de recurrir a un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 en el sentido de que ello constituye una etapa obligatoria del proceso de resolución de los desacuerdos sobre la existencia de medidas destinadas al cumplimiento o su compatibilidad con los Acuerdos, aunque también se pueda recurrir a otras etapas procesales en el marco del ESD. En cambio, los Estados Unidos y el Canadá interpretan la frase "se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias" en el sentido de que puede recurrirse a cualquiera de los procedimientos que prevé el ESD, y no solamente al procedimiento de grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21. La frase "con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto" se interpretaría entonces como una opción posible entre varias. Éste parece ser el punto de vista adoptado por el Grupo Especial al interpretar esa frase en el sentido de que haya que recurrir "a los integrantes del grupo especial que examinaron el asunto inicial, en lugar de a otras personas".[754] El Grupo Especial también constató que existen varios procedimientos a disposición de las Comunidades Europeas para obtener la terminación de la suspensión de concesiones, que incluyen los buenos oficios y las consultas, el arbitraje en virtud del artículo 25 del ESD, el procedimiento de grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, y un nuevo procedimiento de grupo especial en que se impugne el mantenimiento de la suspensión de concesiones.[755]

336. La frase inicial del párrafo 5 del artículo 21 especifica los tipos de diferencias que quedan comprendidos en esa disposición, es decir, las que suponen un desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD o a la compatibilidad de dichas medidas con un Acuerdo abarcado. La expresión "se resolverá" (en el texto inglés "*shall*") en el párrafo 5 del artículo 21 indica que esos desacuerdos deben resolverse recurriendo a "los presentes procedimientos de solución de diferencias". Esta expresión, leída junto con la segunda frase del párrafo 5 del artículo 21, no se refiere con carácter general a todos los procedimientos previstos en el ESD, sino específicamente al procedimiento del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21, en el cual se da preferencia a los integrantes del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto para la composición del grupo especial y se abrevian los plazos de las actuaciones. En otras palabras, el párrafo 5 del artículo 21 dispone que el procedimiento del grupo especial previsto en esta norma es el que debe seguirse para resolver sobre el fundamento de una acción conforme a lo establecido en su cláusula inicial.

---

[754] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.351; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.349.

[755] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.350; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.348.

337. A nuestro modo de ver, el núcleo de esta diferencia es un desacuerdo acerca de si la Directiva 2003/74/CE, la medida adoptada por las Comunidades Europeas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormonas*, logra o no un cumplimiento sustantivo. Las Comunidades Europeas alegaron ante el Grupo Especial que habían suprimido la Directiva 96/22/CE, que había sido declarada incompatible en *CE - Hormonas*, y que los Estados Unidos y el Canadá infringían el párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3, al no poner fin a la suspensión de concesiones.[756] Los Estados Unidos y el Canadá estuvieron en desacuerdo en cuanto a que estuvieran en infracción del párrafo 8 del artículo 22 y adujeron que no se ha demostrado que las Comunidades Europeas hayan suprimido efectivamente su medida incompatible con las normas de la OMC.[757] Como la interpretación correcta de la frase del párrafo 8 del artículo 22 que dice "hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" es que se refiere al cumplimiento sustantivo, el desacuerdo en cuanto a si se ha alcanzado el cumplimiento sustantivo constituye la cuestión central que debe resolverse para evaluar la legalidad del mantenimiento de la suspensión.

338. El párrafo 5 del artículo 21 prevé un procedimiento especial para resolver los desacuerdos en cuanto a la compatibilidad de las medidas adoptadas por un Miembro para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD con los Acuerdos abarcados. Por lo tanto, el procedimiento del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 es el que corresponde para resolver el desacuerdo acerca de si la Directiva 2003/74/CE ha alcanzado el cumplimiento sustantivo y si, en consecuencia, se ha cumplido la condición resolutoria del párrafo 8 del artículo 22 que obliga a poner fin a la suspensión de concesiones. De hecho, como señaló el Grupo Especial, "la opción en que se piensa naturalmente cuando se trata de examinar el cumplimiento es el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD".[758] El Grupo Especial reconoció igualmente que "desempeñ[ó] funciones similares a las de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21" al abordar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados.[759]

339. El Grupo Especial constató, sin embargo, que el procedimiento de grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 no era "la única vía disponible para encarar una alegación de cumplimiento

---

[756] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.252; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.245.

[757] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.264; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.262.

[758] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.351; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.349.

[759] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3.

por un Miembro que alega que ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD".[760] Por el contrario, como ya se ha indicado, el Grupo Especial constató que los buenos oficios, las consultas y el arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD eran otros procedimientos con que contaban las Comunidades Europeas para obtener la terminación de la suspensión de concesiones.

340. Ciertamente, nada impide que las partes en una diferencia procuren resolverla por medios consensuales o por otros medios previstos en el ESD. El párrafo 7 del artículo 3 del ESD dispone que "[s]e debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados". Para alcanzar una solución mutuamente aceptable, los Miembros pueden entablar consultas o recurrir a la mediación y los buenos oficios. Además, el artículo 25 establece el arbitraje como alternativa respecto de los procedimientos de grupo especial para la solución de diferencias. Sin embargo, las consultas, la mediación, los buenos oficios y el arbitraje son alternativas a la vía procesal obligatoria y requieren el consentimiento de las partes. Cuando no existe tal consentimiento, esos medios no pueden llevar a una decisión vinculante. En consecuencia, es importante distinguir estos medios consensuales de solución de diferencias, que siempre están a disposición de los Miembros, de la resolución por el procedimiento de grupo especial, que es obligatoria. Es en este sentido que el párrafo 5 del artículo 21 está formulado en términos imperativos. En esta diferencia es evidente que no se llegó a una solución mutuamente aceptable y las Comunidades Europeas decidieron recurrir a la vía resolutoria. Además, las partes en esta diferencia no pudieron ponerse de acuerdo en un procedimiento arbitral con arreglo al artículo 25 del ESD.[761] Por lo tanto, la cuestión que se nos plantea reside en determinar cuál es el procedimiento que debe seguirse cuando las partes no se valen de los medios de solución de diferencias consensuales u otros medios distintos que establece el ESD y la diferencia debe pasar a la fase resolutoria.

341. Otra posibilidad identificada por el Grupo Especial es un nuevo procedimiento de grupo especial en que se impugnase la legalidad del mantenimiento de la suspensión de concesiones, como en el presente procedimiento iniciado por las Comunidades Europeas.[762] Como se ha explicado, la legalidad del mantenimiento de la suspensión de concesiones, en esta diferencia, depende de si la Directiva 2003/74/CE logra el cumplimiento sustantivo, cuestión que debe resolverse adecuadamente mediante el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. El propio Grupo Especial reconoció que

[760] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.355; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.353.

[761] Las Comunidades Europeas alegan que propusieron a los Estados Unidos someter la diferencia a arbitraje con arreglo al artículo 25 del ESD, pero que éstos se negaron. (Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 62.)

[762] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.350; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.348.

había debido "desempeñ[ar] funciones similares a las de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21".[763] En cambio, el fundamento de una acción en un nuevo procedimiento de grupo especial normalmente no se refiere a la cuestión de si una medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD es o no compatible con los acuerdos abarcados. Las Comunidades Europeas iniciaron estas actuaciones, en parte, sobre la base de su convicción de que el demandado inicial no puede entablar el procedimiento del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21. Nos referiremos a esta cuestión en la subsección 2, *infra*.

342. Además, el desacuerdo en el marco del párrafo 8 del artículo 22 en cuanto a la supresión de una "medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" en un procedimiento inicial no se manifiesta en abstracto, sino en el contexto de una diferencia preexistente que dio lugar a las recomendaciones y resoluciones del OSD. El recurso al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 mantiene las actuaciones sucesivas referentes a la misma diferencia dentro de "un conjunto de acontecimientos sin solución de continuidad"[764], y es conducente al logro de una solución definitiva de la diferencia.

343. Por último, a diferencia de un nuevo procedimiento de grupo especial, el recurso al párrafo 5 del artículo 21 supone un aprovechamiento más eficiente del sistema de solución de diferencias. Como observó el Órgano de Apelación:

> En primer lugar, la composición de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 ya está, en principio, determinada -siempre que sea posible, será el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto-. Esas personas estarán familiarizadas con las circunstancias de la diferencia, y la experiencia obtenida en el procedimiento inicial les permitirá tratar con más eficacia las cuestiones planteadas en un procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 "teniendo presentes las actuaciones iniciales". En segundo lugar, el marco temporal es más reducido -un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 tiene, en principio, 90 días para emitir su informe, en comparación con los seis a nueve meses de que disponen los grupos especiales iniciales.[765]

344. Como se ha analizado, esta diferencia referente al mantenimiento de la suspensión de concesiones tiene su origen en un desacuerdo sobre la compatibilidad con los Acuerdos abarcados de la Directiva 2003/74/CE, medida adoptada por las Comunidades Europeas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en *CE - Hormona*. Las personas que actuaron en el Grupo Especial de *CE - Hormonas* estaban familiarizadas con los antecedentes de la diferencia y las

---

[763] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3.

[764] Informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 121.

[765] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)*, párrafo 71.

incompatibilidades con los Acuerdos abarcados que habían constatado respecto de la Directiva 96/22/CE. Recurrir al procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 permitiría que esas personas examinasen si las incompatibilidades declaradas en *CE - Hormonas* fueron o no rectificadas por la Directiva 2003/74/CE. Tales actuaciones contarían con la ventaja del conocimiento y experiencia adquiridos por esas personas como integrantes del Grupo Especial que examinó el asunto de *CE - Hormonas*, y se resolverían en plazos más breves que el procedimiento de los grupos especiales normales. Por lo tanto, en tales condiciones, recurrir al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 también está en conformidad con el objetivo de que el sistema de solución de diferencias logre la pronta solución de éstas.

345. En síntesis, consideramos que el recurso al procedimiento del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 constituye la manera de proceder correcta, dentro de la estructura procesal del ESD, para los casos en que, como en la presente diferencia, un Miembro sujeto a la suspensión de concesiones ha adoptado una medida de cumplimiento y surge un desacuerdo acerca de si "se ha suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" en el sentido del párrafo 8 del artículo 22. Por lo tanto, compartimos el punto de vista de las Comunidades Europeas de que las actuaciones de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 constituyen el procedimiento que corresponde seguir cuando hay desacuerdo acerca de si la Directiva 2003/74/CE ha logrado un cumplimiento sustantivo. Pasaremos a examinar ahora cuál de las partes puede iniciar ese procedimiento.

2. ¿Hay algo que impida que las Comunidades Europeas inicien un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 para determinar si la Directiva 2003/74/CE las ha puesto en conformidad?

346. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Comunidades Europeas podrían haber iniciado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 como demandado inicial en la diferencia *CE - Hormonas*.[766] Según las Comunidades Europeas, "está implícito en el texto, el contexto y el objeto y fin de la disposición que el reclamante está obligado a recurrir al párrafo 5 del artículo 21".[767]

347. Un "desacuerdo" en cuanto a la compatibilidad con los Acuerdos de la OMC de una medida destinada a cumplir surge de la existencia de opiniones contrarias: la del reclamante inicial de que tal medida es incompatible con los Acuerdos de la OMC o de que sólo da lugar a un cumplimiento parcial, y la del demandado inicial de que la medida es compatible con los Acuerdos de la OMC y da

[766] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.355; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.353.

[767] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 75.

lugar al pleno cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD. El párrafo 5 del artículo 21 no indica cuál de las partes puede iniciar los procedimientos que prevé esa misma disposición. Su texto es neutro en ese sentido, y está abierto a que tanto una parte como la otra sometan el asunto a un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 para que resuelva este desacuerdo. Por consiguiente, el texto del párrafo 5 del artículo 21 deja abierta la posibilidad de que cualquiera de las dos partes en la diferencia inicial entable el procedimiento. Por tanto, al contrario de lo que aducen las Comunidades Europeas, el texto del párrafo 5 del artículo 21 no impide al demandado inicial entablar el procedimiento previsto en esa disposición para obtener la confirmación de que su medida de aplicación es compatible con los Acuerdos de la OMC.

348. Además, recordamos que la suspensión de concesiones es una situación anómala, ya que es el último recurso que prevé el ESD cuando no se logra el cumplimiento. De conformidad con el párrafo 8 del artículo 22, esta situación anómala debe ser "temporal" y debe normalizarse lo antes posible. Por consiguiente, tanto el Miembro que suspende concesiones como el Miembro que ha de proceder a la aplicación comparten la responsabilidad de garantizar que la suspensión de concesiones no se aplique indefinidamente. Por tanto, la iniciación de un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, lo antes posible, por cualquiera de los dos Miembros con vistas a examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados contribuiría a la pronta solución del desacuerdo en cuanto a si se ha suprimido la medida incompatible y si, de conformidad con el párrafo 8 del artículo 22, debe ponerse fin a la suspensión de concesiones.

349. Las Comunidades Europeas esgrimen varios motivos por los que no es admisible que el demandado inicial inicie un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, entre ellos, los siguientes: i) el carácter contencioso del sistema de solución de diferencias de la OMC y la improcedencia del mismo cuando lo solicita un Miembro para una "confirmación en abstracto" de la compatibilidad de una medida; ii) la dificultad de definir el mandato de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21; iii) la posibilidad de que los reclamantes iniciales se nieguen a participar; y iv) el hecho de que no haya recomendaciones ni resoluciones que aborden directamente la ilegalidad del mantenimiento de la suspensión de concesiones en caso de que se constate que la medida destinada a cumplir es compatible con los Acuerdos de la OMC. Abordamos *infra* cada una de las objeciones planteadas por las Comunidades Europeas.

a) El carácter "contencioso" del sistema de solución de diferencias de la OMC

350. Según las Comunidades Europeas, el Miembro que ha de proceder a la aplicación no puede recurrir al párrafo 5 del artículo 21 del ESD para confirmar la compatibilidad de sus propias medidas

con los Acuerdos de la OMC, ya que el sistema de solución de diferencias se basa en procedimientos contenciosos y no es aplicable a "solicitudes de una confirmación en abstracto de la compatibilidad de una medida".[768] Las Comunidades Europeas añaden que su interpretación del párrafo 5 del artículo 21 se ve confirmada por el concepto de "diferencia" reflejado en el párrafo 3 del artículo 3 del ESD, que, según las Comunidades Europeas, "supone una situación en la que un Miembro impugna la medida de otro Miembro" al considerar que se ven afectados sus derechos.[769] Las Comunidades Europeas también remiten al texto del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994, redactado de manera similar al párrafo 3 del artículo 3 del ESD.

351. El párrafo 3 del artículo 3 establece lo siguiente:

> Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro.

352. Es evidente que el Miembro que ha de proceder a la aplicación normalmente no considerará que sus ventajas se hallan menoscabadas por la medida que él mismo ha adoptado para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión, el demandado inicial podría iniciar un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 por una razón concreta: para obtener la confirmación multilateral de que con su medida de aplicación ha logrado un cumplimiento sustantivo, de modo que el mantenimiento de la aplicación de la suspensión de concesiones resulte ilegal con arreglo al párrafo 8 del artículo 22. Por consiguiente, se trata de una de las situaciones previstas en el párrafo 3 del artículo 3, en el sentido de que el demandado inicial considera que las ventajas que le reporta el Acuerdo abarcado se hallan menoscabadas por la suspensión de concesiones que mantiene el reclamante inicial, lo cual niega el Miembro que suspende concesiones. La labor del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 establecido a solicitud del demandado inicial es determinar si la medida de aplicación da lugar a un cumplimiento sustantivo. No hay nada "abstracto" en una determinación de ese tipo; ella da como resultado una decisión con consecuencias reales, entre otras, en particular, si la suspensión de concesiones puede o no continuar.

---

[768] *Ibid.*, párrafo 78. (no se reproducen las cursivas)
[769] *Ibid.*, párrafo 85.

b) El mandato de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 solicitado por el demandado inicial

353. Las Comunidades Europeas sostienen que "[s]ería manifiestamente imposible que las Comunidades Europeas cumplieran los requisitos fundamentales del artículo 6 a los efectos de recabar la confirmación de la compatibilidad de su medida de aplicación con los Acuerdos de la OMC porque no podrían identificar las disposiciones del *Acuerdo MSF* que se infringen".[770] Estamos de acuerdo en que no cabe esperar que el demandado inicial que ha adoptado una medida destinada a cumplir especule en torno a las infracciones que otros Miembros podrían imputar a su medida, ni se espera del demandado inicial que lo haga en caso de que inicie un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. En cambio, el demandado inicial podrá identificar en su solicitud de establecimiento de un grupo especial la medida que ha adoptado para cumplir y las incompatibilidades concretas constatadas en las recomendaciones y resoluciones del OSD en el procedimiento inicial, y alegar ante el grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 que ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD al rectificar tales incompatibilidades. Le correspondería en ese caso al grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 determinar si la medida destinada a cumplir efectivamente rectifica las incompatibilidades identificadas en las recomendaciones y resoluciones del OSD.

354. El reclamante inicial puede responder a las alegaciones de cumplimiento formuladas por el demandado inicial. No obstante, si el reclamante inicial considera que la medida de aplicación es incompatible con disposiciones de los Acuerdos de la OMC no abarcados en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el Miembro que ha de proceder a la aplicación, puede presentar su propia solicitud de establecimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 e identificar en ella las disposiciones que considere que debe examinar dicho grupo especial. Le correspondería al grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 determinar si la medida de aplicación infringe los Acuerdos de la OMC de manera diferente a como los infringía la medida inicial o si determinadas alegaciones no están comprendidas en el alcance del procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21.[771] Cabe esperar que el reclamante inicial lo haga lo antes posible

[770] *Ibid.*, párrafo 88.

[771] Como ha explicado el Órgano de Apelación, un reclamante que no ha acreditado *prima facie* sus argumentos en el procedimiento inicial respecto de un elemento de la medida que no ha sido modificado desde el procedimiento inicial no puede replantear la misma alegación respecto del elemento de la medida que no ha sido modificado en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafos 87 y 96.) De modo similar, un reclamante no puede volver a invocar la misma alegación contra un aspecto no modificado de la medida que en el procedimiento inicial se constató que era *compatible con la normativa de la OMC*. (Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafo 96.) Además, normalmente no se admitiría que un Miembro reclamante formulase, en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, alegaciones que no hubiera planteado en el procedimiento inicial pudiendo hacerlo. (Informe del

después de la adopción de la medida de aplicación o después de que el demandado inicial haya presentado la solicitud de establecimiento de un grupo especial, de modo que ambas solicitudes de establecimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 puedan remitirse al grupo especial inicial cuando sea posible, a fin de que se puedan examinar todas las cuestiones relacionadas con el cumplimiento sustantivo en el mismo procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.[772]

355. Un enfoque de este tipo es compatible con las prescripciones del párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Como se ha indicado *supra*, el párrafo 8 del artículo 22 establece determinadas condiciones resolutorias que, en caso de que se cumplan, dejan sin fundamento jurídico a la suspensión de concesiones. El Miembro que suspende concesiones y el Miembro que ha de proceder a la aplicación comparten la responsabilidad de garantizar que la suspensión de concesiones sea aplicable sólo mientras no se cumpla ninguna de las condiciones establecidas en el párrafo 8 del artículo 22. Por consiguiente, ambos Miembros tienen la obligación de participar en la solución de diferencias de la OMC con una actitud de cooperación, a fin de establecer si la suspensión de concesiones puede continuar o si debe cesar en cumplimiento del párrafo 8 del artículo 22. Independientemente de quién inicie el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, el hecho de que tal grupo especial constate que el Miembro que ha de proceder a la aplicación ha suprimido la medida incompatible significa que se cumple una de las condiciones resolutorias previstas en el párrafo 8 del artículo 22. Esta constatación, una vez adoptada por el OSD -el mismo órgano que autorizó la suspensión de concesiones- significa que se ha corregido la incompatibilidad respecto a la cual se autorizó la suspensión de concesiones. Por tanto, de pleno derecho (*ipso jure*), no puede seguir aplicándose la suspensión de concesiones.

c) Incentivo para que los reclamantes iniciales participen en el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 entablado por el demandado inicial

356. Las Comunidades Europeas sostienen además que "aparentemente, los Estados Unidos y el Canadá, como 'partes demandadas', no estarían obligados a participar"[773] en el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 iniciado por las Comunidades Europeas. En apoyo a este argumento, las Comunidades Europeas hacen referencia al hecho de que en la diferencia

---

Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 211.)

[772] Incluso en el caso de que la diferencia temporal entre la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por el demandado inicial y la presentada por el reclamante inicial no permita armonizar el programa de trabajo acelerado previsto en el párrafo 5 del artículo 21, como prevé el artículo 9, siempre que sea posible se remitirá la cuestión planteada por el demandado inicial y el reclamante inicial a las mismas personas que hayan integrado el grupo especial inicial.

[773] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 90.

CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE), uno de los reclamantes iniciales (los Estados Unidos) se negó a participar en el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 entablado por el demandado inicial (las Comunidades Europeas). Por consiguiente, las Comunidades Europeas no están de acuerdo con la referencia que hace el Grupo Especial a dicha diferencia al constatar que el demandado inicial puede entablar un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21.

357. Observamos que el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* no constató que no podía examinar las alegaciones de las Comunidades Europeas porque las Comunidades Europeas hubiesen sido el demandado en el procedimiento inicial.[774] Además, las circunstancias excepcionales que concurrían en el caso *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, incluida la solicitud particular formulada por las Comunidades Europeas en dicho procedimiento, podrían explicar el hecho de que no participasen determinados demandantes iniciales, así como la decisión del Grupo Especial de no formular una resolución sobre la compatibilidad de la primera medida de aplicación de las Comunidades Europeas. En el asunto *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)* se estableció un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 a solicitud de uno de los reclamantes iniciales, el Ecuador, y dicho Grupo Especial constató que la primera medida de aplicación de las Comunidades Europeas era incompatible con los Acuerdos de la OMC. Asimismo, estaba en curso un arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos.[775] Dicha diferencia, con sus hechos poco habituales, no lleva a la conclusión de que un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 no pueda realizar una evaluación objetiva del asunto que le haya sometido el demandado inicial.

358. Reconocemos que teóricamente es posible que el reclamante inicial se niegue a participar en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 entablado por el demandado inicial.[776] Sin embargo, no es algo que sólo pueda ocurrir en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 entablado por el demandado inicial, ya que el ESD no establece los medios para obligar a ninguna parte a participar en un procedimiento de solución de diferencias. Un demandado que se niegue a participar en un procedimiento de solución de diferencias perderá la posibilidad de defender su posición y correrá el riesgo de que se formule una constatación a favor del reclamante que haya acreditado *prima facie* sus argumentos.[777] Análogamente, en un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 iniciado por el demandado inicial, el reclamante inicial que se niegue a participar pierde la

[774] Informe del Grupo Especial, *CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 4.18.

[775] No hace falta que expresemos aquí una opinión sobre si la compatibilidad de la medida de aplicación podría o debería haber sido abordada por los árbitros que actuaron de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

[776] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 89.

[777] En lo que se refiere a la fase de apelación, véase la Regla 29 de los *Procedimientos de trabajo*.

oportunidad de explicar a dicho grupo especial por qué la medida destinada a cumplir no rectifica las incompatibilidades constatadas en el procedimiento inicial y, por consiguiente, por qué la suspensión de concesiones sigue estando justificada por el párrafo 8 del artículo 22 a pesar de la medida destinada a cumplir. Si el reclamante inicial no presenta una réplica, el grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 formulará su determinación sobre la base de una acreditación *prima facie* presentada por el demandado inicial de que su medida de aplicación le ha puesto en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Por consiguiente, si el reclamante inicial ha suspendido concesiones de conformidad con la autorización del OSD, tendrá un poderoso incentivo para participar, por temor a que quede sin efecto la autorización para suspender las concesiones como consecuencia de la adopción por el OSD de la constatación del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 de que el demandado inicial se ha puesto en conformidad.

359. Como cualquier otro grupo especial, un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 establecido a solicitud del demandado inicial en la etapa posterior a la suspensión estaría obligado a realizar una evaluación objetiva del asunto. En última instancia, la cuestión sometida a un grupo especial de ese tipo es si se ha suprimido la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado. Hemos interpretado que "suprimido" significa cumplimiento sustantivo. Una pregunta que se plantea es a qué parte le corresponde la carga de la prueba en lo que se refiere a las cuestiones relacionadas con el cumplimiento sustantivo. ¿Debe asignarse esa carga de acuerdo con una norma automática según la cual le corresponde a la parte que inicia el procedimiento probar el cumplimiento sustantivo, o acaso debe asignarse la carga de la prueba de conformidad con principios diferentes? Si las partes se muestran reacias a intentar obtener una determinación definitiva con respecto al párrafo 8 del artículo 22, en gran medida se debe al temor de tener que soportar toda la carga de la prueba por haber iniciado el procedimiento.

360. En nuestra opinión, la asignación de la carga de la prueba, en el contexto del párrafo 8 del artículo 22, no debería determinarse simplemente sobre la base de una norma automática según la cual la carga de la prueba le corresponde a la parte que inicia el procedimiento. Como hemos indicado, en caso de desacuerdo, ambas partes están obligadas a tratar de obtener una determinación multilateral definitiva en cuanto a si debe ponerse fin a la suspensión de concesiones. La carga de la prueba no le corresponde a una parte por el mero hecho de que esa parte cumpla esta obligación. Sostener lo contrario crearía un desincentivo para actuar de una manera que consideramos obligatoria y deseable.

361. La asignación de la carga de la prueba en el contexto de las alegaciones planteadas al amparo del párrafo 8 del artículo 22 depende de las siguientes consideraciones. En primer lugar, de cuál es la naturaleza del fundamento de la acción que se expresa en el párrafo 8 del artículo 22. En segundo

lugar, de la cuestión práctica referente a cuál de las partes cabe esperar que esté en condiciones de probar una cuestión determinada. En tercer lugar, deben tenerse en consideración los requisitos de equidad procesal.

362. Como la suspensión de concesiones es una medida correctiva de último recurso impuesta tras un complejo proceso multilateral de solución de diferencias, a nuestro juicio, corresponde que el Miembro cuya medida ha dado lugar a la suspensión de concesiones muestre de alguna forma que ha suprimido la medida declarada incompatible por el OSD en el procedimiento inicial, a fin de que pueda restablecerse legalmente la normalidad. Esto exige que recaiga en el demandado inicial la carga de demostrar que su medida de aplicación ha subsanado los defectos identificados en las recomendaciones y resoluciones del OSD. El cuerpo de la prueba que ello entraña consiste en una descripción clara de su medida de aplicación y una explicación adecuada de la forma en que esa medida rectifica las incompatibilidades constatadas en el procedimiento inicial, a fin de que el grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 esté en condiciones de realizar una evaluación objetiva del asunto y, si no hay réplica, pronunciarse a favor del demandado inicial.

363. Si el demandado inicial entabla un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 para determinar que se ha cumplido la primera condición resolutoria del párrafo 8 del artículo 22 y, por consiguiente, que debe ponerse fin a la suspensión de concesiones, y el reclamante inicial no comparece ni responde a su argumentación, ¿qué tendría que demostrar el demandado inicial para convencer a un grupo especial de que se ha cumplido la condición resolutoria? En esta situación, el demandado inicial tendría que presentar al grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 pruebas suficientes como para permitir que dicho grupo especial realice una evaluación objetiva del asunto, en cumplimiento de su deber. El cuerpo de la prueba necesario para este propósito es la carga de la prueba, descrita *supra*, que le corresponde al demandado inicial.

364. En lo que respecta a todas las demás cuestiones, la carga de la prueba le corresponde al reclamante inicial. Tales cuestiones pueden incluir una alegación de que la medida de aplicación es incompatible con los Acuerdos abarcados por otros motivos, o que la medida de aplicación sigue siendo insuficiente por razones no comunicadas por el demandado inicial mientras satisfacía la carga de la prueba que le correspondía.

365. Esta asignación de la carga de la prueba también es compatible con la responsabilidad compartida por las partes de garantizar que la suspensión de concesiones sea "temporal", y que se restaure lo antes posible la situación normal, esto es, la conformidad con los Acuerdos abarcados y la inexistencia de suspensión de concesiones.

d) Inexistencia de recomendaciones y resoluciones relativas a la legalidad del mantenimiento de la suspensión de concesiones

366. Las Comunidades Europeas afirman además que, si hubiesen iniciado el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 en el presente caso, dicho grupo especial no habría podido formular recomendaciones dirigidas a los Estados Unidos y el Canadá para que cesasen la suspensión de concesiones, ya que sólo habría tenido competencia para pronunciarse sobre el cumplimiento de la medida de aplicación.[778]

367. Una constatación de que el Miembro que ha de proceder a la aplicación ha logrado un cumplimiento sustantivo significa que se ha cumplido la primera condición resolutoria del párrafo 8 del artículo 22. Esta constatación, adoptada por el OSD como parte del informe del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 (y del informe del Órgano de Apelación) daría lugar, de pleno derecho (*ipso jure*), a la terminación de la autorización del OSD para suspender concesiones. Ese es el resultado independientemente de que el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 haya sido entablado por el demandado inicial o el reclamante inicial. No depende de cuál de las partes inicia el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, sino de si ese grupo especial confirma que el Miembro que ha de proceder a la aplicación ha logrado un cumplimiento sustancial, activando de ese modo la obligación de dejar de aplicar la suspensión de concesiones, como exige el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.

368. En resumen, no nos convence el argumento de las Comunidades Europeas de que en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión un demandado inicial no puede iniciar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21. Por consiguiente, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al declarar que no sólo el reclamante puede iniciar un procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, sino que también puede hacerlo el demandado en el procedimiento inicial.

F. *Análisis de las constataciones de "infracciones de carácter procesal" formuladas por el Grupo Especial*

369. Los Estados Unidos y el Canadá alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que habían infringido los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD por haber mantenido la suspensión de concesiones después de la notificación de la Directiva 2003/74/CE[779], y piden al Órgano de Apelación que revoque esas constataciones. En particular, los Estados Unidos y el Canadá afirman que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que: i) mediante el mantenimiento de la

[778] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 92.
[779] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.251 y 7.856; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.244 y 7.841.

suspensión de concesiones contra las Comunidades Europeas, tratan de reparar un incumplimiento con respecto a la Directiva 2003/74/CE; y ii) formularon una determinación unilateral de que se había producido una infracción sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con el ESD, infringiendo lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23.

1. La prohibición de determinadas medidas unilaterales - Artículo 23 del ESD

370. Comenzamos nuestro análisis con la interpretación de los términos del artículo 23 que son pertinentes para la presente diferencia. El artículo 23, titulado "Fortalecimiento del sistema multilateral", establece lo siguiente:

> 1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.
>
> 2. En tales casos, los Miembros:
>
> a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;
>
> b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y
>
> c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

371. Como ha explicado el Órgano de Apelación, el párrafo 1 del artículo 23 establece la obligación fundamental de los Miembros de la OMC de recurrir a las normas y procedimientos del ESD cuando traten de reparar el incumplimiento de los Acuerdos abarcados.[780] El artículo 23

[780] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE*, párrafo 111.

restringe de dos modos la actuación de los Miembros de la OMC. En primer lugar, su párrafo 1 establece que el sistema de solución de diferencias de la OMC es el foro exclusivo para resolver dichas diferencias y exige que se respeten las normas del ESD. En segundo lugar, su párrafo 2 prohíbe a los Miembros de la OMC adoptar determinadas medidas unilaterales. Por consiguiente, un Miembro no puede, de manera unilateral: i) determinar que se ha producido una infracción, que se han anulado o menoscabado ventajas o que se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los Acuerdos abarcados; ii) determinar la duración del plazo prudencial para la aplicación; o iii) decidir la suspensión de concesiones y determinar el nivel de la suspensión.

372. La expresión "[e]n tales casos, los Miembros" con que comienza el párrafo 2 del artículo 23 se refiere a la situación descrita en el párrafo 1 de ese artículo, a saber, la situación en que un Miembro trata de reparar, entre otras cosas, el incumplimiento de obligaciones resultantes de los Acuerdos abarcados. Compartimos la opinión del Grupo Especial que examinó la diferencia *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior* de que de las palabras "[e]n tales casos, los Miembros", utilizadas en el encabezamiento del párrafo 2 del artículo 23, se infiere claramente que dicho párrafo está "explícitamente vinculado al párrafo 1 del artículo 23 y tiene que interpretarse junto con él y supeditándolo a él".[781] Por consiguiente, las prohibiciones específicas de medidas unilaterales que figuran en el párrafo 2 del artículo 23 deben interpretarse en el contexto de la disposición de alcance general del párrafo 1 del artículo 23. En otras palabras, las medidas unilaterales prohibidas por el párrafo 2 del artículo 23 son las que adopta un Miembro para tratar de reparar un incumplimiento. Además, la expresión "[e]n tales casos, los Miembros", que figura al comienzo del párrafo 2 del artículo 23, indica que las obligaciones específicas enunciadas en sus apartados aclaran e ilustran el alcance de la obligación general y permanente que establece el párrafo 1 del mismo artículo. Ahora bien, esto no significa que las situaciones descritas en el párrafo 2 agoten el alcance del párrafo 1.[782]

[781] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, párrafo 7.44.

[782] Como ha señalado el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, las prohibiciones mencionadas en el párrafo 2 del artículo 23 son ejemplos de actuaciones que están en contradicción con las normas y procedimientos del ESD, normas y procedimientos que los Miembros "deberán acatar" conforme al párrafo 1 del artículo 23. Esas normas y procedimientos abarcan mucho más que las normas y procedimientos mencionados expresamente en el párrafo 2 del artículo 23 y "[h]ay muchos más comportamientos estatales que pueden incumplir la obligación general impuesta por el párrafo 1 del artículo 23 de recurrir a las normas y procedimientos del ESD y de acatar esas normas y procedimientos que los casos a los que se hace especial referencia en el párrafo 2 del artículo 23". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, *párrafo* 7.45.) (no se reproduce la nota de pie de página)

373. Es evidente que el párrafo 1 del artículo 23 del ESD no prohíbe el acto en sí de tratar de reparar un incumplimiento. Más bien, para infringir el párrafo 1 del artículo 23, un Miembro debe tratar de reparar dicho incumplimiento sin recurrir a las normas del ESD o sin acatarlas.

374. Una pregunta inicial que se plantea en el presente caso es si cabe decir que el mantenimiento de la aplicación de una suspensión de concesiones previamente autorizada constituye un acto por el que se trata de reparar. Por una parte, cabe decir que la autorización para suspender concesiones es el resultado de un acto anterior por el que se trataba de reparar y que conllevó el inicio de una diferencia. Por otra, cabe decir que el mantenimiento de la aplicación de la suspensión de concesiones refleja la continuidad de un acto por el que se trata de reparar una infracción constatada por el OSD que todavía no se ha rectificado. En cualquier caso, la suspensión de concesiones que haya sido debidamente autorizada por el OSD no constituirá una infracción del párrafo 1 del artículo 23 mientras sea compatible con otras normas del ESD, incluidos los párrafos 2 a 8 del artículo 22, aun si se considera que el mantenimiento de la aplicación de la suspensión de concesiones es una medida por la que se "trata de reparar" o forma parte de un proceso a tal efecto. La razón de esto es que, antes de obtener la autorización del OSD para suspender concesiones, un Miembro debe iniciar un proceso de solución de diferencias en el que impugne la compatibilidad con los Acuerdos abarcados de una medida adoptada por otro Miembro. El Miembro que inicia el proceso sólo estará autorizado a suspender concesiones cuando el grupo especial (y el Órgano de Apelación, en caso de apelación) constate que la medida es incompatible con los Acuerdos abarcados y el Miembro que adopta la medida no aplique las constataciones del grupo especial (o del Órgano de Apelación) en un plazo prudencial o, si adopta una medida destinada a cumplir, cuando en un procedimiento sobre el cumplimiento el grupo especial (y el Órgano de Apelación) constate que esa medida no ha puesto al Miembro en conformidad. En otras palabras, el Miembro sólo podrá suspender concesiones al amparo de la autorización del OSD después de haber recurrido ampliamente a las normas y procedimientos del ESD, y de haberlos acatado, según prescribe el párrafo 1 del artículo 23.

375. Esto no significa que el párrafo 1 del artículo 23 deje de aplicarse una vez que el OSD haya autorizado la suspensión de concesiones. El párrafo 2 c) del artículo 23 se refiere expresamente al artículo 22 del ESD. El párrafo 8 de esta disposición dice que la suspensión de concesiones sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida incompatible o se cumpla una de las otras dos condiciones establecidas en el mismo. Por consiguiente, si el Miembro que es objeto de la suspensión de concesiones adopta una medida de aplicación, y en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC se constata que con esa medida ese Miembro da cumplimiento sustantivo, la suspensión de concesiones ya no sería compatible con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD y, en consecuencia, pasaría a ser una medida unilateral prohibida por los párrafos 1 y 2 del artículo 23. En otras palabras,

las prescripciones que se establecen en el párrafo 8 del artículo 22 y en el artículo 23 son aplicables y deben ser interpretadas conjuntamente en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión. Por esta razón, se debe considerar que el artículo 23 contiene una obligación permanente y continúa aplicándose incluso después de que la suspensión de concesiones haya sido debidamente autorizada por el OSD.

376. Teniendo esto presente, pasamos a examinar las cuestiones planteadas en apelación por los Estados Unidos y el Canadá.

2. El supuesto examen por el Grupo Especial de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 aisladamente de las prescripciones del párrafo 8 del artículo 22 del ESD

377. Los Estados Unidos y el Canadá sostienen que el Grupo Especial incurrió en error al examinar las alegaciones de las Comunidades Europeas respecto del párrafo 5 del artículo 21 y de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 independientemente de la cuestión de si el párrafo 8 del artículo 22 exigía poner fin a la suspensión de concesiones. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial no tuvo en cuenta el hecho de que no se había cumplido ninguna de las condiciones que exigen poner fin a la suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Por consiguiente, según sostienen los Estados Unidos, las constataciones del Grupo Especial de que la suspensión de concesiones por los Estados Unidos se ha llevado a cabo "sin recurrir a los procedimientos del ESD"[783] socavaría de hecho la autorización del OSD para suspender concesiones, con lo que quedaría "privada de sentido".[784] El Canadá alega que la "[c]lave del presente caso es el párrafo 8 del artículo 22 del ESD"[785] el cual, como *lex specialis* aplicable a la etapa de una diferencia posterior a la suspensión, establece las tres condiciones que han de satisfacerse para que se ponga fin a la suspensión de concesiones, una de las cuales es el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD. El Canadá añade que "la continuación de la intervención del OSD", de conformidad con la segunda frase del párrafo 8 del artículo 22, "sugiere que [el OSD] sigue teniendo jurisdicción sobre el asunto hasta que sus recomendaciones y resoluciones hayan sido plenamente aplicadas".[786] Por consiguiente, en opinión del Canadá, el Grupo Especial debería haber considerado en primer lugar si el Canadá estaba obligado a poner fin a la suspensión de concesiones en virtud del párrafo 8 del artículo 22.[787]

---

[783] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 29.
[784] *Ibid.*, párrafo 30.
[785] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 35.
[786] *Ibid.*, párrafo 36.
[787] *Ibid.*, párrafos 60 y 61.

378. Observamos que la suspensión de concesiones mantenida por los Estados Unidos y el Canadá había sido debidamente autorizada por el OSD con posterioridad a que éste adoptara las recomendaciones y resoluciones en la diferencia *CE - Hormonas* y se dictara un laudo arbitral, como resultado del procedimiento previsto en el párrafo 6 del artículo 22, en relación con el nivel de la suspensión de concesiones.[788] Como ya se ha señalado, cuando la suspensión de concesiones ha sido debidamente autorizada por el OSD y se aplica de manera compatible con las normas del ESD, incluido el párrafo 8 del artículo 22, no constituye una infracción del párrafo 1 del artículo 23 porque no se impone sin recurrir al ESD o sin acatarlo. Las prescripciones de los artículos 22 y 23 deben leerse conjuntamente, en la etapa de la diferencia posterior a la suspensión, para determinar la legalidad del mantenimiento de la suspensión cuando se ha adoptado una medida de aplicación. Por consiguiente, compartimos la opinión de los Estados Unidos y el Canadá de que, a fin de determinar si actuaron de manera incompatible con el artículo 23 al mantener la suspensión de concesiones con posterioridad a la notificación de la Directiva 2003/74/CE, el Grupo Especial tenía que determinar primero si la suspensión de concesiones se estaba aplicando de manera compatible con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.

379. Las Comunidades Europeas afirman que los Estados Unidos y el Canadá "pasan totalmente por alto"[789] el hecho de que la primera serie de alegaciones principales de las Comunidades Europeas, relativas a infracciones del párrafo 5 del artículo 21 y de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23, no incluía el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Las Comunidades Europeas sostienen además que el enfoque adoptado por el Grupo Especial para examinar las alegaciones al amparo de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 era correcto, porque se debe suponer que la Directiva 2003/74/CE, en tanto medida destinada a cumplir, es compatible con los Acuerdos abarcados mientras no se demuestre otra cosa mediante un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.

380. En la sección D *supra*, constatamos que la presunción de que un Miembro que ha de proceder a la aplicación actúa de buena fe es insuficiente para demostrar un cumplimiento sustantivo. Debe suponerse que las Comunidades Europeas actuaron de buena fe cuando adoptaron la medida de aplicación; sin embargo, esto no significa que la adopción de dicha medida, por sí sola, demuestre que con ella se logra un cumplimiento sustantivo. Rechazamos también la interpretación formalista del párrafo 8 del artículo 22 propuesta por las Comunidades Europeas de que la adopción, y la notificación al OSD, de una medida destinada a cumplir que sustituye a la medida inicial es suficiente para demostrar la supresión de la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado, en el

[788] El párrafo 4 del artículo 22 establece que "[e]l nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo".

[789] Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 29.

sentido del párrafo 8 del artículo 22. Una interpretación correcta del párrafo 8 del artículo 22, en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del ESD, indica más bien que antes de que se deba poner fin a la suspensión de concesiones se requiere que haya un cumplimiento sustantivo. Cuando las partes discrepan en cuanto a si hay un cumplimiento sustantivo, la obligación de poner fin a la suspensión de concesiones no se activa hasta que se determina el cumplimento sustantivo mediante el procedimiento multilateral de solución de diferencias. Una declaración unilateral de cumplimiento no puede tener el mismo efecto. Observamos que, en su calidad de demandado inicial, las Comunidades Europeas tienen la opción de iniciar el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 a efectos de determinar si se han aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD mediante la adopción de la Directiva 2003/74/CE.

381. Las Comunidades Europeas sostienen además que, tras la adopción de buena fe de la Directiva 2003/74/CE, la suspensión de concesiones habría alcanzado su objetivo y ya no contribuiría en absoluto a inducir al cumplimiento. El párrafo 1 del artículo 22 del ESD establece que la suspensión de concesiones no es "preferible a la aplicación *plena* de una recomendación de poner una medida en conformidad con los Acuerdos abarcados".[790] 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. 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.

382. Las Comunidades Europeas sostienen además que su posición es coherente con el criterio adoptado en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[791] ("Artículos sobre Responsabilidad del Estado"), que exigen que las contramedidas se suspendan si el hecho internacionalmente ilícito ha cesado y la diferencia está sometida a un tribunal que está facultado para dictar decisiones vinculantes para las partes.[792] Ahora bien, los Artículos sobre Responsabilidad del Estado no respaldan la posición de las Comunidades Europeas. Por ejemplo, el Artículo 53 establece que se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado "haya cumplido sus obligaciones" en relación con el hecho internacionalmente ilícito. Por consiguiente, los principios pertinentes del derecho internacional, reflejados en los Artículos sobre Responsabilidad del

[790] Además, según establece el párrafo 3 del artículo 3, la "pronta solución" de las diferencias "[e]s esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros".

[791] Véase *supra*, nota 481.

[792] Véase la comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 94-96.

Estado, respaldan la tesis de que las contramedidas pueden mantenerse hasta el momento en que el Estado responsable haya puesto fin al hecho ilícito dando pleno cumplimiento a sus obligaciones.

383. En resumen, la suspensión de concesiones mantenida por los Estados Unidos y el Canadá ha sido debidamente autorizada por el OSD y se obtuvo recurriendo a las normas y procedimientos pertinentes del ESD, de manera compatible con el párrafo 1 del artículo 23 del ESD. De conformidad con el párrafo 8 del artículo 22, la legalidad del mantenimiento de la suspensión de concesiones depende de si se ha suprimido la medida declarada incompatible en la diferencia *CE - Hormonas*, y esto requiere un cumplimiento sustantivo. Constatamos por tanto que el Grupo Especial incurrió en error al considerar que las alegaciones de las Comunidades Europeas al amparo de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 y del párrafo 5 del artículo 21 pueden ser examinadas "en forma completamente separada" de la cuestión relativa a si las Comunidades Europeas aplicaron las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*.[793]

384. La autorización del OSD no significa que el artículo 23 deje de ser pertinente. Más bien, como especifica el párrafo 2 c) de dicho artículo, la suspensión de concesiones está supeditada al artículo 22, incluida la prescripción de su párrafo 8 de que sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado. Por tanto, la suspensión de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá infringiría el párrafo 2 c) del artículo 23 y, por consiguiente, el párrafo 1 de dicho artículo, si en una solución de diferencias de la OMC se estableciera que la medida incompatible había sido efectivamente suprimida, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22, y no se hubiese puesto fin de manera inmediata a la suspensión. El párrafo 8 del artículo 22 constituye por tanto un contexto pertinente para el análisis de las cuestiones que han sido objeto de apelación al amparo del artículo 23. Además, la aplicación de la suspensión de concesiones autorizada por el OSD es temporal y está sujeta a las condiciones objetivas que se establecen en el párrafo 8 del artículo 22. Los Estados Unidos y el Canadá, así como las Comunidades Europeas, comparten la responsabilidad de velar por que la suspensión de concesiones no se aplique más allá del plazo previsto en el párrafo 8 del artículo 22. En consecuencia, los Estados Unidos y el Canadá tienen el deber de participar activamente en los procedimientos de solución de diferencias encaminados a determinar si la suspensión de concesiones se aplica de manera compatible con esas condiciones. No hacerlo sería contrario al principio general establecido en el párrafo 1 del artículo 23, que prohíbe a los Miembros tratar de reparar un incumplimiento sin recurrir a las normas del ESD, o sin acatarlas. Sin embargo, no es esto lo que sucede en el presente caso, porque tanto los Estados Unidos como el Canadá participan activamente en el procedimiento iniciado por las

[793] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.182; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.164.

Comunidades Europeas para determinar si la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado en la diferencia *CE - Hormonas* ha sido suprimida, en el sentido del párrafo 8 del artículo 22.

3. ¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que los Estados Unidos y el Canadá "tratan de reparar una infracción" con respecto a la Directiva 2003/74/CE?

385. Pasamos a examinar la alegación de los Estados Unidos y el Canadá de que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, mediante el mantenimiento de la suspensión de concesiones con posterioridad a la notificación de la Directiva 2003/74/CE, trataban de reparar una infracción sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD ni acatarlos, en el sentido del párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

386. El Grupo Especial constató que la Directiva 2003/74/CE, que las Comunidades Europeas adoptaron para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*, es una nueva medida que "nunca ha sido como tal objeto de recurso a las normas y procedimientos del ESD".[794] El Grupo Especial declaró que, si bien la Directiva 2003/74/CE, al igual que la Directiva 96/22/CE (que había sido declarada incompatible con las normas de la OMC en la diferencia *CE - Hormonas*), imponía también una prohibición de la importación, "no es la prohibición ... [sino] la justificación de esa prohibición [lo que se constató que] era insuficiente" en dicha diferencia.[795] Por consiguiente, según el Grupo Especial, el hecho de que la prohibición siga en vigor no significa que no se haya adoptado una nueva medida. El Grupo Especial constató que, mediante el mantenimiento de la suspensión de concesiones, los Estados Unidos y el Canadá tratan de reparar una infracción causada por la Directiva 2003/74/CE, medida que no habían impugnado recurriendo al ESD.[796]

387. Recordamos que la suspensión de concesiones mantenida por los Estados Unidos y el Canadá había sido autorizada por el OSD a raíz de la constatación formulada en el asunto *CE - Hormonas* según la cual la Directiva 96/22/CE era incompatible con el *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial señaló correctamente que la existencia de una prohibición a la importación en la Directiva 2003/74/CE (que sustituyó a la Directiva 96/22/CE) no significa que no se haya adoptado una medida de aplicación. Sin embargo, el análisis realizado por el Grupo Especial en virtud del artículo 23 no llegó a considerar

[794] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.206; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.198.
[795] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.207; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.199.
[796] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.215; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.207.

si la medida de aplicación de las Comunidades Europeas había dado lugar a un cumplimiento sustantivo. Como explicamos anteriormente, ese análisis es necesario para determinar si con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD se ha de poner fin a la suspensión de concesiones. Aun en el caso de que pudiera decirse que, al mantener la suspensión de concesiones, los Estados Unidos y el Canadá continúan tratando de reparar la infracción resultante de la Directiva 96/22/CE, nada les impide hacerlo mientras no se haya establecido en una solución de diferencias de la OMC que la medida incompatible ha sido suprimida. Al obtener la autorización del OSD para llevar a cabo esa suspensión, los Estados Unidos y el Canadá acataron las normas del ESD, según prescribe el párrafo 1 del artículo 23. Por tanto, la constatación del Grupo Especial de que, al mantener la suspensión de concesiones, los Estados Unidos y el Canadá tratan de reparar una infracción sin acatar las normas del ESD parece dar por supuesto lo que aún queda por demostrar, es decir, que la medida incompatible contra la cual se autorizó la suspensión 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.[797] La constatación del Grupo Especial se origina en el enfoque erróneo que adoptó al considerar los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 en forma completamente separada de las prescripciones del párrafo 8 del artículo 22, enfoque que hemos examinado y rechazado anteriormente.

388. El Grupo Especial rechazó los argumentos de los Estados Unidos y el Canadá de que estaban autorizados a suspender concesiones y que esta autorización no ha sido revocada.[798] El Grupo Especial declaró que la autorización del OSD para suspender concesiones es "solamente ... una *autorización*, no ... una *obligación*".[799] Según el Grupo Especial, esto significaba que los Estados Unidos y el Canadá podían "aplicar o no" la suspensión de concesiones, y el hecho de que no dejaran sin efecto la suspensión tras la notificación de la Directiva 2003/74/CE indicaba su intención de tratar de reparar una infracción derivada de esta Directiva.[800] No vemos la pertinencia de la distinción entre

[797] Al abordar la alegación de las Comunidades Europeas de que los Estados Unidos y el Canadá habían infringido también el párrafo 8 del artículo 22, el Grupo Especial constató que, "no se ha demostrado que las Comunidades Europeas hayan suprimido la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado". Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.847; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.832. Por esta razón, el Grupo Especial concluyó que las Comunidades Europeas "no han demostrado una infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD" por los Estados Unidos y el Canadá. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.850; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.835.)

[798] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.208; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.200.

[799] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.209; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.201. (las cursivas figuran en el original)

[800] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.209 y 7.210; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.201 y 7.202.

una autorización y una obligación de suspender concesiones a efectos de analizar si los Estados Unidos y el Canadá tratan de reparar una infracción concerniente a la Directiva 2003/74/CE. La cuestión pertinente que se sometió al Grupo Especial fue si la autorización para suspender concesiones había expirado al haberse cumplido una de las tres condiciones que se establecen en el párrafo 8 del artículo 22. Al no haberse constatado en una solución de diferencias de la OMC que se había cumplido la primera condición de dicho párrafo, la autorización para suspender concesiones no había dejado de ser legalmente válida.

389. Además, el Grupo Especial observó que "[e]n ninguna de las circunstancias previstas en [la primera frase del] párrafo 8 del artículo 22 esta disposición requiere una decisión del OSD".[801] Estamos de acuerdo en que, de conformidad con la primera frase del párrafo 8 del artículo 22, si los Miembros llegan a una solución mutuamente convenida no se requiere una decisión del OSD. Tampoco se requiere una decisión del OSD si el Miembro que suspende concesiones no pone en duda que se ha suprimido la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado. Sin embargo, cuando surge un desacuerdo en cuanto a si se ha suprimido efectivamente la medida declarada incompatible, ese desacuerdo debe resolverse mediante un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 a fin de determinar si la suspensión de concesiones continúa aplicándose de manera compatible con las condiciones objetivas que establece el párrafo 8 del artículo 22 o si se le debe poner fin. En esas circunstancias, para que la diferencia se desarrolle con arreglo a las normas del ESD se requieren decisiones del OSD, incluidas las relativas al establecimiento de un grupo especial y a la adopción de los informes del grupo especial o del Órgano de Apelación en los que se examine la medida de aplicación. Además, la segunda frase del párrafo 8 del artículo 22 exige al OSD que mantenga sometida a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas en los casos en que se hayan suspendido concesiones. Por consiguiente, es obvio que el párrafo 8 del artículo 22 prevé que el OSD desempeñe una función permanente de examen de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, confirmando de ese modo que una diferencia relativa a la aplicación debe resolverse de manera multilateral y no decidirse sobre la base de una declaración unilateral de cumplimiento o incumplimiento.

390. Tomamos también nota de la declaración del Grupo Especial en el sentido de que, "de conformidad con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo por el que se establece la OMC, los Miembros deben asegurarse de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos

[801] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.211; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.203.

administrativos con las obligaciones que les impongan" los Acuerdos abarcados, "incluido el ESD".[802] Según el Grupo Especial, esta obligación también es aplicable a la suspensión de concesiones. El párrafo 4 del artículo XVI es igualmente aplicable a todos los Miembros de la OMC. Las Comunidades Europeas estaban obligadas a asegurarse de la conformidad de su medida de aplicación, al igual que los Estados Unidos y el Canadá están obligados a asegurarse de la conformidad del mantenimiento de su aplicación de la suspensión de concesiones.[803] No vemos la pertinencia de esta disposición para el análisis por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 23 del ESD, mientras no se hayan demostrado las condiciones para poner fin a la suspensión previstas en el párrafo 8 del artículo 22.

391. Las Comunidades Europeas sostienen en apelación que "la *adopción* de una medida destinada a cumplir" que es "*diferente* de la [medida] inicial, *activa* la presunción de cumplimiento de buena fe" y, en consecuencia, la "obligación de poner fin a la suspensión de concesiones".[804] El argumento de las Comunidades Europeas se basa también en este caso en la premisa de que se debe suponer que la medida de aplicación logra el pleno cumplimiento como consecuencia de la aplicación de la presunción de buena fe, así como en su interpretación de la frase del párrafo 8 del artículo 22 "se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" en el sentido de que prescribe simplemente la supresión formal de la medida inicial; en la sección D rechazamos ambas opciones.

392. Las Comunidades Europeas afirman además que "incluso los Estados Unidos reconocieron que estaban manteniendo su suspensión de concesiones contra la nueva medida", como lo demuestran las declaraciones que hicieron en las reuniones del OSD con posterioridad a la notificación de la Directiva 2003/74/CE y en su Programa de Política Comercial de 2005.[805] Como se examinará en la subsección 4 *infra*, las declaraciones de los Estados Unidos a las que hacen referencia las Comunidades Europeas no tienen en sí mismas los efectos jurídicos que les atribuye el Grupo Especial. Además, en el documento Programa de Política Comercial a que hacen referencia las Comunidades Europeas se afirma que los Estados Unidos "siguen aplicando sanciones autorizadas por la OMC a productos [de las Comunidades Europeas] porque no ven de qué manera se puede

[802] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.212; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.204.

[803] Como aducen los Estados Unidos, esta disposición "avala igualmente la constatación de que el mantenimiento de la suspensión de concesiones por los Estados Unidos" tras la notificación por las Comunidades Europeas de la Directiva 2003/74/CE "*no* demostraba que los Estados Unidos estuvieran 'tratando de reparar un incumplimiento', en el sentido del párrafo 1 del artículo 23, con respecto a" dicha Directiva. (Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 58.) (las cursivas figuran en el original)

[804] Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 104. (las cursivas figuran en el original)

[805] *Ibid.*, párrafo 106 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.219-7.221).

considerar que la medida revisada [de las Comunidades Europeas] pone en aplicación las recomendaciones y resoluciones del OSD en este asunto".[806] Por consiguiente, contrariamente a lo que argumentan las Comunidades Europeas, de las declaraciones formuladas se infiere claramente que el fundamento jurídico para mantener la suspensión de concesiones no era la nueva medida. El fundamento para mantener la suspensión de concesiones era más bien que los Estados Unidos consideraban que las Comunidades Europeas no habían aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas* dimanantes de la incompatibilidad de la Directiva 96/22/CE.

393. En consecuencia, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error al concluir que, "al mantener su suspensión de concesiones incluso después de la notificación de la [Directiva 2003/74/CE]", los Estados Unidos y el Canadá "tratan de reparar un incumplimiento en relación con [esa Directiva], en el sentido del párrafo 1 del artículo 23 del ESD".[807]

4. ¿Incurrió en error el Grupo Especial al constatar que los Estados Unidos y el Canadá habían formulado una determinación de infracción sin recurrir al ESD, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23?

394. Pasamos ahora a examinar las alegaciones de los Estados Unidos y el Canadá según las cuales el Grupo Especial incurrió en error al constatar que esos países habían formulado una determinación de infracción con respecto a la Directiva 2003/74/CE sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

395. Recordamos que, basándose en las declaraciones formuladas por delegados del Canadá y de los Estados Unidos sobre la Directiva 2003/74/CE, en dos reuniones del OSD[808] el Grupo Especial concluyó que los Estados Unidos y el Canadá habían llegado a "una decisión más o menos definitiva"[809] de que esa Directiva era incompatible con el *Acuerdo MSF* y no daba aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas*. A juicio del Grupo Especial, esas declaraciones constituían una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23

[806] *Ibid.*
[807] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.215; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.207.
[808] Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.219 y 7.220 (donde se citan las actas de las reuniones del OSD celebradas los días 7 de noviembre y 1º de diciembre de 2003, WT/DSB/M/157, párrafos 29 y 30, y WT/DSB/M/159, párrafo 25, respectivamente); y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.211-7.213 (donde se citan las actas de las reuniones del OSD celebradas los días 7 de noviembre y 1º de diciembre de 2003, WT/DSB/M/157, párrafo 31, y WT/DSB/M/159, párrafo 24, respectivamente).
[809] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.222; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.215 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, nota 657 al párrafo 750).

del ESD y, como la determinación se formuló unilateralmente sin recurrir al ESD, infringía el párrafo 2 a) del artículo 23.[810]

396. Compartimos la opinión del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior* de que una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 "implica un elevado grado de firmeza o de inmutabilidad, es decir, que se trata de una decisión más o menos definitiva adoptada por un Miembro con respecto a la compatibilidad de una medida tomada por otro Miembro con las normas de la OMC".[811] Además, las opiniones o puntos de vista preliminares expresados sin una intención clara de tratar de obtener reparación no están abarcados por el párrafo 2 a) del artículo 23.[812] Las declaraciones de los delegados de los Estados Unidos y el Canadá, en las que el Grupo Especial centró su atención, se formularon poco después de que las Comunidades Europeas notificaran la Directiva 2003/74/CE al OSD. Se formularon en las dos reuniones del OSD celebradas, respectivamente, dos y cinco semanas después de la reunión de ese Órgano en la que las Comunidades Europeas notificaron la Directiva 2003/74/CE.[813] En consecuencia, esas declaraciones no parecen más que reacciones iniciales a la autoproclamada conformidad de las Comunidades Europeas con las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas*. Considerando la complejidad de las cuestiones que se plantean con respecto a la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE (como se demuestra en las secciones VI y VII del informe), es razonable suponer que los Estados Unidos y el Canadá necesitaban algún tiempo antes de formarse una opinión definitiva con respecto a si las Comunidades Europeas se habían puesto en conformidad. Por tanto, compartimos la opinión de los Estados Unidos y el Canadá de que las declaraciones formuladas en las reuniones del OSD carecen de la suficiente "firmeza o inmutabilidad" para constituir una determinación en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23.[814]

397. En sus declaraciones, los Estados Unidos y el Canadá indicaron que estarían dispuestos a participar en nuevas reuniones bilaterales sobre la supuesta justificación científica de la

---

[810] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.225 y 7.226; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.219, 7.222 y 7.223.

[811] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, nota 657 al párrafo 7.50.

[812] *Ibid.* Véase también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE*, párrafo 6.18.

[813] Las Comunidades Europeas notificaron al OSD la adopción de la Directiva 2003/74/CE el 27 de octubre de 2003. Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.219; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.211.

[814] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 79-81; comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 89. El Canadá añade que las declaraciones formuladas en las dos reuniones del OSD "equivalían a que el Canadá se reservaba sus derechos y no estaba de acuerdo con las afirmaciones de las [Comunidades Europeas] de que habían procedido al cumplimiento". (*Ibid.*) Consideramos que ésta es una caracterización adecuada de esas declaraciones.

Directiva 2003/74/CE.[815] Esta disposición a dialogar sobre la Directiva 2003/74/CE es difícilmente conciliable con una constatación de que las declaraciones formuladas en el OSD constituían una "determinación" con el tipo de firmeza e inmutabilidad que, según interpretó el Grupo Especial que entendió en el asunto *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, exigen el sentido corriente del término y el contexto pertinente del artículo 23. El Grupo Especial reconoció esta intención de participar en reuniones bilaterales puesta de manifiesto en las declaraciones hechas en el OSD, pero consideró que las consultas celebradas tras la notificación de la Directiva 2003/74/CE "se referían en gran medida a cuestiones de procedimiento".[816] El mero hecho de que las consultas posteriores se refirieran en gran medida a cuestiones de procedimiento no significa que, *en el momento en que se hicieron las declaraciones del OSD*, los Estados Unidos y el Canadá hubieran formulado una determinación unilateral sin recurrir al ESD en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23.

398. Además, las declaraciones formuladas en el OSD no están destinadas a surtir efectos jurídicos ni tienen en sí mismas el valor jurídico de una determinación definitiva. Antes bien, son opiniones expresadas por los Miembros, y no debe considerarse que prejuzgan la posición de éstos en el contexto de una diferencia. Como señalan acertadamente los Estados Unidos, "[l]as declaraciones formuladas por los Miembros en las reuniones del OSD, y especialmente las que expresan una opinión acerca de la compatibilidad con la OMC de medidas o acciones de otro Miembro, generalmente son de carácter diplomático o político" y "por lo general no tienen efectos ni valor jurídicos en sí mismas y por sí solas".[817]

399. La constatación del Grupo Especial de que las declaraciones hechas en el OSD podrían constituir una determinación definitiva con respecto a la incompatibilidad con la OMC de la medida de un Miembro podría afectar desfavorablemente a la capacidad de los Miembros de la OMC para expresar libremente sus opiniones sobre la posible compatibilidad con los acuerdos abarcados de

[815] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.220; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.212. Los Estados Unidos indicaron en la reunión de 1º de diciembre de 2003 que "discutir[ían] con gusto, con autoridades de las [Comunidades Europeas], cualquier problema pendiente relativo a la prohibición impuesta en las [Comunidades Europeas] a ciertas carnes producidas en los Estados Unidos, incluida la respuesta de las CE ante los argumentos detallados que expusieron los Estados Unidos en la reunión del OSD celebrada el 7 de noviembre. Con respecto a la sugerencia de las [Comunidades Europeas], hecha en esta reunión, de iniciar procedimientos multilaterales, los Estados Unidos la discutirán gustosamente con las [Comunidades Europeas] junto con otras posibilidades en materia de procedimiento". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.220.) El Canadá indicó en la reunión de 7 de noviembre de 2003 que "considera[ba] que aún no ha[bía] motivos para recurrir a los procedimientos de la OMC, pero desea[ba] tener la oportunidad de sostener nuevas deliberaciones con las [Comunidades Europeas] respecto de la justificación de sus medidas". (Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.211.)

[816] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.224; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.222.

[817] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 93.

medidas adoptadas por otros Miembros.[818] Esto tendría un efecto "paralizante" en esas declaraciones[819], porque los Miembros se abstendrían de expresar en las reuniones del OSD sus opiniones con respecto a la incompatibilidad con la OMC de las medidas de otros Miembros para evitar que se constatara que esas declaraciones infringían el artículo 23. Si fuera así, el OSD no podría desempeñar debidamente la función que le encomienda el párrafo 6 del artículo 21 del ESD de someter a vigilancia la aplicación de sus recomendaciones y resoluciones.

400. Las Comunidades Europeas no están de acuerdo con el argumento de los Estados Unidos de que las declaraciones formuladas en las reuniones del OSD no tienen en sí mismas efectos jurídicos y aducen, en cambio, que "esas declaraciones pueden utilizarse como *pruebas* de una posición, opinión o determinación concreta adoptada por un Miembro".[820] Las Comunidades Europeas hacen referencia a la observación del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)* según la cual determinadas afirmaciones de un comunicado de prensa del Gobierno de los Estados Unidos indicaban que se estaba adoptando una medida para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.[821] El recurso de las Comunidades Europeas a las constataciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)* está fuera de lugar. En aquella diferencia, el Órgano de Apelación no se basó en el comunicado de prensa del Gobierno de los Estados Unidos para hacer una constatación sobre el alcance de la medida "destinada al cumplimiento", sino que se limitó a referirse a las declaraciones de funcionarios estadounidenses en el sentido de que confirmaban su conclusión anterior, a la que había llegado sobre la base de un examen de la propia medida y de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia inicial. En cambio, el Grupo Especial que se ocupó de la presente diferencia basó su constatación de que los Estados Unidos y el Canadá habían formulado una determinación de infracción directamente en las declaraciones que esos países habían hecho en el OSD.

[818] Señalamos la preocupación de los Estados Unidos de que "[d]e este modo, el Grupo Especial ha[bía] dado el audaz y novedoso paso de transformar las actas del OSD, las reuniones de otros comités de la OMC e incluso las reuniones de Examen de las Políticas Comerciales en una fértil fuente de observaciones que ... podrían constituir 'determinaciones' recurribles al amparo del párrafo 2 a) del artículo 23". (*Ibid.*, párrafo 94.)

[819] *Ibid.*, párrafo 95.

[820] Comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 131. (las cursivas figuran en el original)

[821] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón americano (*upland*) (párrafo 5 del artículo 21 - Brasil)*, párrafo 204).

401. Por lo tanto, estamos de acuerdo con los Estados Unidos y el Canadá en que las declaraciones que formularon en las reuniones del OSD no tenían el grado de firmeza o inmutabilidad necesario para constituir una "determinación" en el sentido del artículo 23 del ESD.[822]

402. A continuación el Grupo Especial constató que, incluso si se considerase que las declaraciones del OSD eran provisionales, "el mantenimiento subsiguiente de la suspensión de concesiones [por los Estados Unidos y el Canadá], sin modificación y sin decir que seguían estudiando la [Directiva 2003/74/CE]", confirmaba que habían formulado tal "determinación".[823] Los Estados Unidos y el Canadá sostienen que el Grupo Especial "infirió"[824], o "interpretó"[825], la existencia de una determinación sobre la base del mero mantenimiento de la suspensión de concesiones. Aducen que el razonamiento del Grupo Especial es deficiente porque extrae una inferencia de la "inacción"[826], u "omisión"[827], de los Estados Unidos y el Canadá al no poner fin a la suspensión de concesiones.

403. Como ya hemos indicado, la autorización para suspender concesiones otorgada por el OSD a los Estados Unidos y el Canadá tenía su origen en la incompatibilidad de la Directiva 96/22/CE y seguía siendo jurídicamente válida hasta que la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado en el asunto *CE - Hormonas* fuera suprimida en el sentido del párrafo 8 del artículo 22. Aunque las Comunidades Europeas alegaran que habían suprimido la medida incompatible y declararan que se habían puesto en conformidad, los Estados Unidos y el Canadá no estuvieron de acuerdo en que fuera realmente así. Por consiguiente, hasta que se determinara la supresión de la medida incompatible de las Comunidades Europeas mediante la solución de diferencias de la OMC, la autorización de los Estados Unidos y el Canadá para suspender concesiones no quedaba sin efecto. En estas circunstancias, la suspensión de concesiones aplicada de conformidad con la autorización del OSD respecto de la Directiva 96/22/CE se mantuvo recurriendo a las normas y procedimientos del ESD y de conformidad con ellos. En consecuencia, su mantenimiento no "confirmó" que, los Estados Unidos y el Canadá habían formulado una determinación unilateral con respecto a la

[822] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 96; comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 89.
[823] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.230; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.224.
[824] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 98.
[825] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 81.
[826] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 98.
[827] Comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 81.

Directiva 2003/74/CE, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, como constató el Grupo Especial.[828]

404. Los Estados Unidos afirman asimismo que, al inferir la existencia de una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 sobre la base del mantenimiento de la suspensión de concesiones, el Grupo Especial en realidad hizo una interpretación del artículo 23 que incluía un plazo dentro del cual se imputaría a un Miembro una determinación unilateral incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23, pese a que el artículo 23 no contiene tal plazo.[829] Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial hizo lo correcto al observar que el plazo dentro del cual un Miembro debía recurrir al ESD de conformidad con los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 "no era una cuestión que tuviera ante sí el Grupo Especial".[830] Sin embargo, sin una identificación adecuada del momento en el que se constataría que el mantenimiento de la suspensión de concesiones constituye una determinación unilateral incompatible con el ESD, los Miembros de la OMC no tendrían la certeza de cuándo o durante cuánto tiempo podrían ampararse debidamente en una autorización del OSD para suspender concesiones. Un resultado de esa índole es contrario al objetivo del ESD de aportar seguridad y previsibilidad.[831] En cualquier caso, como ya hemos constatado que un demandado inicial puede entablar un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, y que la facultad de suspender concesiones queda sin efecto una vez que se cumple una de las tres condiciones previstas en el párrafo 8 del artículo 22, no consideramos necesario seguir examinando esta cuestión.

405. Por consiguiente, concluimos que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos y el Canadá habían "h[echo] una 'determinación' en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 en relación con la Directiva 2003/74/CE" sobre la base de las declaraciones formuladas en las reuniones del OSD y del hecho de que la suspensión de concesiones se había mantenido tras la notificación de la Directiva 2003/74/CE.[832]

---

[828] No obstante, no compartimos la opinión de los Estados Unidos y el Canadá de que el mantenimiento de la suspensión de concesiones debe caracterizarse como inacción. Sobre la base de la autorización para suspender concesiones concedida en 1999, los Estados Unidos y el Canadá, respectivamente, adoptaron las medidas para imponer a todas las importaciones de determinados productos de las Comunidades Europeas aranceles con tipos que excedían sustancialmente de los tipos arancelarios consolidados, y desde entonces han venido percibiendo los aranceles adicionales de manera continuada. Por tanto, el mantenimiento de la suspensión de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá puede caracterizarse más adecuadamente como una acción continuada.

[829] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafo 105.

[830] Comunicación presentada por las Comunidades Europeas en calidad de apelado, párrafo 134 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.232).

[831] Véase la Comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 81.

[832] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.239; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.232.

406. Habiendo constatado que los Estados Unidos y el Canadá habían formulado una determinación de infracción en relación con la Directiva 2003/74/CE, el Grupo Especial constató a continuación que, como "la autorización para suspender concesiones" no equivalía "a una determinación multilateral de incompatibilidad"[833] de la Directiva 2003/74/CE, los Estados Unidos y el Canadá no habían hecho la determinación mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD.[834] Sin embargo, la cuestión de si la Directiva 2003/74/CE "suprimía" las incompatibilidades en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 era controvertida y no había sido todavía resuelta mediante la solución de diferencias de la OMC. Por ello, la autorización del OSD seguía siendo válida. La constatación del Grupo Especial también contradice su propio enfoque, adoptado correctamente en el contexto de su examen del párrafo 8 del artículo 22, de que es el cumplimiento sustantivo, y no la mera supresión formal de la medida incompatible, el que exige poner fin a la suspensión de concesiones.

407. Como hemos constatado que el Grupo Especial incurrió en error al llegar a la conclusión de que los Estados Unidos y el Canadá habían formulado una determinación de que había una infracción en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23, también falla la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá "no ha[bían] hecho ninguna determinación de forma coherente con las constataciones que figuran en el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al ESD", en infracción del párrafo 2 a) del artículo 23.[835]

5. Conclusión

408. Hemos concluido en las secciones precedentes que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que los Estados Unidos y el Canadá trataban de reparar un incumplimiento con respecto a la Directiva 2003/74/CE, en el sentido del párrafo 1 del artículo 23 del ESD, y habían formulado en relación con esa Directiva una determinación de que se había producido una infracción, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. En consecuencia, revocamos la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá "infring[ieron] los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD al tratar de reparar el incumplimiento del Acuerdo sobre la OMC a través de una determinación de que la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] no cumplía las

[833] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.242; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.235.
[834] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.243; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.236.
[835] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.244; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.237.

recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas* sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD".[836]

409. Las Comunidades Europeas alegan que, para cumplir las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD de recurrir a la solución de diferencias de conformidad con el ESD, los Estados Unidos y el Canadá estaban obligados a iniciar el procedimiento del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 si consideraban que la Directiva 2003/74/CE no ponía a las Comunidades Europeas en conformidad. Las Comunidades Europeas sostienen que, tras constatar que los Estados Unidos y el Canadá habían infringido los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 al tratar de reparar un incumplimiento sin recurrir al ESD, el Grupo Especial también debería haber constatado que los Estados Unidos y el Canadá habían infringido el párrafo 5 del artículo 21 al no iniciar un procedimiento de grupo especial en el marco de esa disposición. Hemos revocado la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 al tratar de reparar un incumplimiento sin recurrir al ESD. También recordamos nuestra anterior constatación de que el párrafo 5 del artículo 21 no impide al demandado inicial entablar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 sobre el cumplimiento. Por consiguiente, desestimamos la alegación de las Comunidades Europeas. Esto no significa que los Estados Unidos y el Canadá no tengan la obligación de participar en los procedimientos de solución de diferencias con ánimo de cooperación. Antes bien, los Estados Unidos, el Canadá y las Comunidades Europeas tienen la obligación de participar en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 para obtener una determinación objetiva acerca de si se ha procedido al cumplimiento sustantivo en el presente caso y se ha cumplido la condición resolutoria prevista en el párrafo 8 del artículo 22.

G. *La constatación del Grupo Especial de que no tenía competencia para formular constataciones en el marco del* Acuerdo MSF

410. Los Estados Unidos y el Canadá solicitan que el Órgano de Apelación, en caso de que confirme las constataciones del Grupo Especial de que infringieron los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD, revoque la declaración del Grupo Especial que figura en el último párrafo de su informe de que no tenía competencia para determinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*.[837] Dado que hemos revocado la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD, no se cumple la condición a la cual están supeditadas las solicitudes de los Estados Unidos y el Canadá. Observamos, sin embargo, que, en la sección D.4 *supra*, confirmamos la constatación del Grupo Especial de que

[836] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.251; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.244.

[837] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 108 y 120; comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafo 92.

"tiene competencia para considerar la compatibilidad de la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] con el *Acuerdo MSF* como parte de su examen de la alegación planteada por las Comunidades Europeas con respecto al párrafo 8 del artículo 22 del ESD".[838] En cualquier caso, en las secciones VI y VII *infra*, revocamos las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

H. *La sugerencia del Grupo Especial*

411. Además de constatar que los Estados Unidos y el Canadá habían cometido infracciones de procedimiento en el marco del artículo 23 del ESD, el Grupo Especial sugirió, sobre la base del párrafo 1 del artículo 19 del ESD, que los Estados Unidos y el Canadá "recurr[ieran] sin demora a las normas y procedimientos del ESD".[839] Las Comunidades Europeas, los Estados Unidos y el Canadá cuestionan esta sugerencia.

412. Los Estados Unidos y el Canadá solicitan que el Órgano de Apelación, en caso de que confirme la constatación del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá cometieron infracciones de procedimiento en el marco de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD, revoque la sugerencia del Grupo Especial de que dichos países recurran sin demora a las normas del ESD.[840]

413. Las Comunidades Europeas sostienen que la sugerencia del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá recurran sin demora a la solución de diferencias es "demasiado vaga para ser muy útil", porque no está claro a "qué normas y procedimientos del ESD" deberían recurrir los Estados Unidos y el Canadá.[841] Por lo tanto, las Comunidades Europeas solicitan al Órgano de Apelación que "mejore la sugerencia del Grupo Especial a fin de darle una forma clara que también se ajuste más a las propias constataciones del Grupo Especial".[842] Más concretamente, las Comunidades Europeas solicitan al Órgano de Apelación que "modifique" dicha sugerencia de manera que quede claro que los Estados Unidos y el Canadá deben: i) poner fin a la aplicación de la suspensión de concesiones; y ii) resolver los desacuerdos con respecto a la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE recurriendo al procedimiento de grupo especial previsto en el párrafo 5 del

---

[838] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.379; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.376.

[839] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 8.3.

[840] Comunicación presentada por los Estados Unidos en calidad de otro apelante, párrafos 108 y 116; comunicación presentada por el Canadá en calidad de otro apelante, párrafos 92 y 98.

[841] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 479.

[842] *Ibid.*

artículo 21 del ESD o a cualquier otro procedimiento de solución de diferencias que las partes convengan.[843]

414. La sugerencia del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá "recurran sin demora a las normas y procedimientos del ESD" se basa en sus constataciones de que los Estados Unidos y el Canadá infringieron los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 del ESD al tratar de obtener la reparación de una infracción de un Acuerdo abarcado sin recurrir al mecanismo de solución de diferencias previsto en el ESD. Hemos revocado estas constataciones del Grupo Especial. En consecuencia, la sugerencia del Grupo Especial no puede mantenerse.

V. El debido proceso en las consultas del Grupo Especial con los expertos científicos

415. Pasamos ahora a las alegaciones de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial no respetó el principio del debido proceso y, en consecuencia, tampoco hizo una evaluación objetiva del asunto de conformidad con el artículo 11 del ESD, al seleccionar a dos de los expertos científicos a los que consultó y al basarse en sus opiniones.

A. *Las constataciones del Grupo Especial*

416. El 25 de noviembre de 2005, previa consulta con las partes, el Grupo Especial adoptó el Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos científicos y/o técnicos (el "Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos").[844] El Grupo Especial decidió no establecer un grupo consultivo de expertos como habían sugerido las Comunidades Europeas, sino consultar a expertos a título individual.[845] Además, el Grupo Especial "solicitó información no sólo a los expertos seleccionados sino también a tres entidades internacionales pertinentes, a saber, la Comisión del

[843] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 480.

[844] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.71; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.69. El Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos figura en el Anexo A-5 de los informes del Grupo Especial. Se llevó a cabo un solo proceso de selección de expertos para las dos diferencias. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.76; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.74.)

[845] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.71; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.69. Las Comunidades Europeas inicialmente manifestaron que no era necesario que el Grupo Especial consultara a expertos. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.56; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.54.)

Codex Alimentarius (Codex), el Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios (JECFA) y el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (CIIC)".[846]

417. De conformidad con el párrafo 3 del Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos, el Grupo Especial solicitó a las Secretarías del Codex, el JECFA y el CIIC que le sugirieran nombres de expertos.[847] De los candidatos sugeridos, el Grupo Especial proporcionó a las partes toda la información recibida de los 11 expertos que se manifestaron interesados y disponibles, y les pidió que indicaran "razones imperiosas" por las cuales determinados expertos no deberían ser seleccionados.[848] Las Comunidades Europeas se opusieron a la inclusión de los expertos que habían participado en la labor de evaluación del riesgo realizada por el JECFA, alegando que "la controversia científica con respecto a los informes del JECFA está en el centro de este asunto y es la razón por la cual el Grupo Especial está ahora solicitando el asesoramiento de expertos externos".[849] Las Comunidades Europeas añadieron que esos expertos "no pueden ser considerados objetivos e imparciales en estas circunstancias, porque eso equivaldría a pedirles que revisen y critiquen su propio trabajo".[850]

418. Dado que las posiciones de las partes con respecto a los expertos "diferían considerablemente", el Grupo Especial, de conformidad con el párrafo 6 del Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos, pidió a las partes que sugirieran los nombres de otros expertos.[851] De los 71 expertos sugeridos por las organizaciones internacionales y las partes, 40 indicaron que estaban disponibles y 35 respondieron a la solicitud de currículum vítae e información sobre posibles conflictos de intereses.[852] Esta información fue proporcionada a las partes a fin de que formularan observaciones y objeciones.[853] Como explicó el Grupo Especial:

> Una u otra de las partes presentó objeciones con respecto a todos los expertos, a excepción de uno, aduciendo que no tenían suficientes conocimientos especializados en las esferas de la diferencia en las que se había determinado que se necesitaban conocimientos científicos o técnicos; estaban vinculados al Gobierno de una parte en la diferencia; estaban vinculados al JECFA; habían recibido financiación de la

---

[846] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.78; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.76. (no se reproducen las notas de pie de página)

[847] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.79; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.77.

[848] *Ibid.*

[849] Carta de fecha 16 de enero de 2006 dirigida por las Comunidades Europeas al Grupo Especial (citada en la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 193).

[850] *Ibid.*

[851] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.80; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.78.

[852] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.82; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.80.

[853] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.83; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.81.

> industria farmacéutica; o habían participado en la aprobación reglamentaria de alguna de las seis hormonas.[854]

419. El 24 de marzo de 2006, el Grupo Especial comunicó a las partes los nombres de los seis expertos que había seleccionado. El Grupo Especial explicó de la siguiente manera sus consideraciones en el proceso de selección:

> [El Grupo Especial] [e]xcluyó a los expertos con vínculos estrechos con autoridades gubernamentales que participaban directamente en la adopción de políticas sobre las seis hormonas y a los expertos con vínculos estrechos con empresas farmacéuticas o que participaban en actividades de promoción. El Grupo Especial decidió no excluir *a priori* a los expertos que habían participado en la preparación y redacción de las evaluaciones del riesgo del JECFA porque se privaría con ello al Grupo Especial y a las partes del beneficio de la contribución de especialistas internacionalmente reconocidos y porque el Grupo Especial opinaba que los expertos familiarizados con los informes del JECFA estarían en buenas condiciones de ayudar al Grupo Especial a entender la labor del JECFA a que las partes, en particular las Comunidades Europeas, se referían ampliamente en sus comunicaciones. Además, el Grupo Especial, que era plenamente consciente del área de especialización de estos expertos, consideró que éstos tenían competencia para responder a preguntas con respecto a la evaluación del riesgo en relación con las hormonas en cuestión. El Grupo Especial decidió también no excluir *a priori* a todos los expertos que eran o habían sido en el pasado funcionarios gubernamentales a menos que pudiera suponerse razonablemente un posible conflicto de intereses por sus funciones oficiales. Al seleccionar los expertos, el Grupo Especial tuvo también presente la necesidad de elegir expertos con conocimientos especializados para abarcar todas las áreas identificadas en la diferencia.[855]

420. Las Comunidades Europeas solicitaron al Grupo Especial que reconsiderara su decisión con respecto a dos expertos, el Dr. Jacques Boisseau[856] y el Dr. Alan Boobis[857], aduciendo que "esos expertos tenían conflictos de intereses reales o aparentes que debían descalificarlos para prestar asistencia al Grupo Especial".[858] Además de reiterar las preocupaciones con respecto a la participación de los dos expertos seleccionados "en la redacción y adopción de los informes

---

[854] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.84; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.82.

[855] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.85; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.83. (no se reproduce la nota de pie de página)

[856] Ex Director de la Administración de Productos Medicinales Veterinarios de Francia. (Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.86; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.84.)

[857] Director de la División de Medicina Experimental y Toxicología de la Facultad de Medicina, Imperial College, Londres; Profesor de Farmacología Bioquímica del Imperial College, Londres. (Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.86; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.84.)

[858] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.87; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.85.

del JECFA con respecto al tema objeto de esta diferencia"[859], las Comunidades Europeas expusieron otras razones para la exclusión del Dr. Boisseau y el Dr. Boobis. Sostuvieron que el Dr. Boisseau debía ser excluido porque no había "presentado una declaración de conflicto de intereses al Grupo Especial", había "ya adoptado una posición con respecto a la cuestión objeto de esta diferencia" en una audiencia pública ante el Senado de Francia, había adoptado en un debate público la posición "de que sólo los riesgos 'importantes' son pertinentes en la adopción de decisiones basadas en el principio de cautela", y no había "llevado a cabo ninguna investigación científica real" ni "escrito nada sobre las sustancias objeto de examen".[860] En relación con el Dr. Boobis, las Comunidades Europeas alegaron que había recibido financiación de varias empresas farmacéuticas, algunos de cuyos nombres no había revelado en su declaración de conflicto de intereses, y había realizado actividades de consultoría para esas empresas.[861] El Grupo Especial no consideró que las objeciones de las Comunidades Europeas estuvieran "justificadas"[862], añadiendo lo siguiente:

> [El Grupo Especial ...] constató en particular que la declaración que había hecho un experto ante el Senado de Francia en 1996 no se había hecho en relación con hormonas utilizadas con fines de estimulación del crecimiento sino con respecto a hormonas utilizadas con fines de tratamiento médico. Constató también que los vínculos de otro experto con dos empresas que participaban en actividades de investigación y asesoramiento no guardaban relación con medicamentos veterinarios ni con hormonas. ... Además, tras examinar la información de que disponía sobre los distintos candidatos, el Grupo Especial determinó que esos dos expertos eran los mejores entre las muy pocas personas disponibles con conocimientos especializados en el área de la evaluación del riesgo y podrían proporcionar al Grupo Especial información de fondo sobre normas internacionales relativas a las hormonas en cuestión.[863]

421. En la etapa intermedia de reexamen, y en respuesta a una solicitud de aclaración de determinados pasajes formulada por las Comunidades Europeas, el Grupo Especial manifestó que "s[eguían] provocándole perplejidad las sugerencias [de las Comunidades Europeas] de que pueda considerarse que un científico que ha trabajado con el JECFA no será imparcial al evaluar los

---

[859] Carta de fecha 28 de marzo de 2006 dirigida por las Comunidades Europeas al Grupo Especial (citada en la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 196).

[860] *Ibid.*

[861] *Ibid.*

[862] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.87; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.85.

[863] *Ibid.* El Grupo Especial señaló además lo siguiente:

> El Grupo Especial desea destacar los problemas con que tropezó para la selección de los expertos. Había un número limitado de especialistas sugeridos y realmente disponibles en cada una de las áreas en que el Grupo Especial necesitaba asistencia y en casi todos los casos una o más partes se opusieron a esos especialistas. Por ejemplo, se consideró que sólo seis de los expertos identificados y disponibles tenían conocimientos amplios en el análisis del riesgo. Todos esos expertos fueron objeto de objeciones por lo menos por una parte.

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 382 al párrafo 7.87; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 374 al párrafo 7.85.)

testimonios científicos en los que se basa la Directiva 2003/74/CE [de las Comunidades Europeas] y pueda suponerse que defenderá la labor del JECFA".[864] El Grupo Especial explicó lo siguiente:

> En primer lugar, los científicos están dispuestos a admitir que la ciencia evoluciona constantemente y la revisión de los nuevos estudios por otros científicos del mismo nivel es prueba de que la evaluación de nuevas ideas y constataciones forma parte de la labor científica. Suponer que los científicos pueden carecer de objetividad por haber participado en la preparación y redacción de las evaluaciones del riesgo del JECFA con respecto a las hormonas de que se trata pondría en cuestión el mismo principio del examen por especialistas del mismo nivel. El Grupo Especial señala además que el JECFA es el órgano que proporciona el asesoramiento científico independiente en el que se basa la labor del Codex y que el *Acuerdo MSF* reconoce expresamente que el Codex es un órgano competente para el establecimiento de "normas, directrices y recomendaciones internacionales". El Grupo Especial recuerda también la función que atribuyen a las normas, directrices y recomendaciones internacionales los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. En consecuencia, es acorde con esa función que el Grupo Especial se base en expertos que han contribuido a la preparación y redacción de las evaluaciones del riesgo del JECFA para las sustancias en cuestión.[865]

422. El Grupo Especial aclaró además que:

> ... era necesario que el Grupo Especial pudiera basarse en el asesoramiento de expertos profundamente familiarizados con el contenido sustantivo de las evaluaciones del riesgo del JECFA. ... En segundo lugar, el Grupo Especial recuerda que el JECFA es una entidad internacional independiente integrada por expertos de gran competencia seleccionados por la OMS o la FAO con arreglo a un proceso riguroso. El JECFA reexamina además periódicamente sus evaluaciones del riesgo. ... Además, el JECFA llega a sus conclusiones por consenso, por lo que las opiniones expuestas por los dos expertos se referían a la opinión adoptada por consenso por el JECFA, y no a sus propias posiciones personales en el pasado, lo que no significa, sin embargo, que la labor del JECFA fuera la propia labor de estos expertos concretos: se trata de la labor conjunta de varios expertos.
>
> Los expertos que las Comunidades Europeas alegan que defendían su labor reconocen que el estado de los conocimientos puede evolucionar. ... Los expertos consultados por el Grupo Especial están acostumbrados a considerar y examinar con especialistas del mismo nivel estudios que van más allá de lo que ellos mismos han publicado o quizá incluso que los contradicen. Dicho de otra forma, no es probable que sientan ninguna necesidad de defender los resultados de su propia labor anterior en presencia de testimonios o técnicas nuevos convincentes que ponen en tela de juicio esa labor anterior.[866]

---

[864] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.22; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.21.

[865] *Ibid.*

[866] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 6.62 y 6.63; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 6.57 y 6.58. (no se reproducen las notas de pie de página)

423. El Grupo Especial también rechazó el argumento de las Comunidades Europeas de que "no podría calificarse a los dos expertos en cuestión de 'especialistas internacionalmente reconocidos'"[867]:

> El Grupo Especial recuerda que esos expertos fueron seleccionados por la FAO y la OMS en el marco del proceso de selección del JECFA. En la respuesta del JECFA a la pregunta 14 al JECFA se describe el procedimiento de selección. El Grupo Especial no entiende por qué la selección del JECFA no es prueba del crédito internacional de los científicos de que se trata. Las preocupaciones de las [Comunidades Europeas] acerca de la labor del JECFA y la selección de expertos para participar en esa labor están en contradicción con la función que atribuye el *Acuerdo MSF* al Codex y a las normas, directrices y recomendaciones internacionales. El Grupo Especial era plenamente consciente del área de competencia de los dos científicos y consideró que estarían en mayor libertad para formular observaciones sobre el contenido de la labor del JECFA que los funcionarios de la Secretaría de este organismo. El Grupo Especial especificó además las razones por las que se seleccionó a esos expertos a pesar de no haber llevado a cabo experimentos con las sustancias en cuestión y no considera necesarias otras aclaraciones sustantivas.[868]

424. Durante el procedimiento del Grupo Especial, los expertos proporcionaron respuestas por escrito a las preguntas científicas y técnicas formuladas por el Grupo Especial.[869] El Grupo Especial celebró con los expertos científicos una reunión en la que también participaron las partes. En esa reunión, las partes y el Grupo Especial tuvieron la oportunidad de "formular[] preguntas a los expertos y los expertos aclarar[on] puntos que habían indicado en las respuestas escritas a las preguntas".[870]

B. *Alegaciones y argumentos formulados en apelación*

425. Las Comunidades Europeas afirman en apelación que "al recurrir a expertos para obtener asesoramiento científico y técnico, incluso en su selección, el Grupo Especial debe respetar los principios generales del derecho y, en particular, el principio del debido proceso".[871] Las Comunidades Europeas añaden que "es inherente al principio del debido proceso que las partes obtengan una audiencia imparcial, y ello incluye que los expertos que oye o consulta una corte, tribunal o grupo especial deben ser *independientes e imparciales*".[872] Las Comunidades Europeas cuestionan la selección por el Grupo Especial del Dr. Jacques Boisseau y el Dr. Alan Boobis y alegan

---

[867] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.23; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.22.

[868] *Ibid.* (no se reproducen las notas de pie de página)

[869] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.95-7.97; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.92-7.94.

[870] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.98; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.95. (no se reproduce la nota de pie de página) La reunión del Grupo Especial con los expertos científicos se celebró inmediatamente antes de la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial con las partes.

[871] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 188.

[872] *Ibid.* (las cursivas figuran en el original)

que "en todos los 'casos en que se basó' en lo que dijeron estos dos expertos del JECFA, el Grupo Especial cometió una infracción de las normas pertinentes sobre conflicto de intereses, de los derechos que les corresponden al debido proceso y del requisito de que el Grupo Especial haga una 'evaluación objetiva' del asunto que se [le] haya sometido"[873], conforme a lo requerido en el artículo 11 del ESD. En consecuencia, las Comunidades Europeas piden que el Órgano de Apelación "revoque todas las constataciones del Grupo Especial que dependen del asesoramiento que recibió de estos expertos".[874]

426. Las Comunidades Europeas afirman que "el criterio jurídico pertinente" que el Grupo Especial debió haber aplicado era si había "probabilidad o dudas justificables" en cuanto a la independencia de un experto, norma que las Comunidades Europeas describen como "muy sencilla y poco exigente", y que no requiere "certeza ni un alto grado de probabilidad".[875] Sin embargo, el criterio aplicado por el Grupo Especial "se basó en una definición muy restringida del conflicto de intereses percibido, porque requería un conflicto real o casi cierto, no una prueba basada en la percepción, la probabilidad o la duda justificable".[876] Las Comunidades Europeas afirman que el Dr. Boisseau adoptó "una posición a favor de la inocuidad de estas hormonas" y que el Dr. Boobis "ha recibido financiación de la industria farmacéutica para su investigación y asesoramiento".[877] Alegan además que, dado que el Dr. Boisseau y el Dr. Boobis figuran entre los autores de los informes del JECFA que se critican en la Directiva 2003/74/CE con argumentos científicos, no debía haberse permitido que dieran asesoramiento de expertos al Grupo Especial. Las Comunidades Europeas observan que, por ser coautores de los informes del JECFA "no puede considerarse que sean independientes e imparciales en estas circunstancias, porque ello equivaldría a pedirles que examinaran y criticaran informes que ellos mismos habían redactado".[878]

427. Las Comunidades Europeas también acusan al Grupo Especial de "basarse de manera predominante"[879] en las opiniones del Dr. Boisseau y el Dr. Boobis; de no asegurarse de que se cumplieran las prescripciones de revelación de hechos establecidas en las *Normas de Conducta* antes de elegir a estos expertos[880]; de no "examinar realmente si todos los expertos tenían posibles

[873] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 202.
[874] *Ibid.*, párrafo 212.
[875] *Ibid.*, párrafo 195.
[876] *Ibid.*, párrafo 203.
[877] *Ibid.* Las Comunidades Europeas matizan sus alegaciones contra ambos expertos. Admiten, por ejemplo, que la postura del Dr. Boisseau sobre la inocuidad de las hormonas se asumió "en el contexto de un debate relativo al tratamiento terapéutico de los animales" y que el financiamiento que recibió el Dr. Boobis de la industria farmacéutica "no procedía de empresas dedicadas a la esfera de los medicamentos veterinarios o de estas hormonas". (*Ibid.*)
[878] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 205.
[879] *Ibid.*, párrafo 212.
[880] *Ibid.*, párrafo 192.

conflictos de intereses"; y de aceptar como expertos a personas cuya independencia e imparcialidad no estaba garantizada.[881] Por último, las Comunidades Europeas aducen que "incluso si se adoptara el parecer de que el Grupo Especial ... podía aceptar expertos no independientes siempre que tuviera presentes en todo momento los posibles conflictos al evaluar las opiniones de los expertos, es evidente que el Grupo Especial se negó a hacerlo, y consideró resuelta definitivamente la cuestión de los expertos cuando desestimó las objeciones de las Comunidades Europeas".[882] En efecto, estos expertos "tuvieron un papel predominante en la totalidad del examen científico por el Grupo Especial, tanto desde el punto de vista de la frecuencia con que se hacía referencia a ellos como en cuanto a que el Grupo Especial nunca ponía en tela de juicio sus opiniones y éstas iban más allá del ámbito científico e incursionaban en el área de la reglamentación del riesgo".[883]

428. Los Estados Unidos aducen que la conducta del Grupo Especial en la selección de expertos fue transparente y consultiva, dando a las partes aviso y oportunidades para responder, expresar sus preocupaciones y ser oídas antes de adoptar sus decisiones. Los Estados Unidos afirman también que "[l]o cierto es que se facilitó al Grupo Especial y a las partes información completa de las afiliaciones profesionales e intereses financieros de los expertos" y "el expediente demuestra que el Grupo Especial tuvo en cuenta las preocupaciones [de las Comunidades Europeas] al concluir que los dos expertos en cuestión no estaban descalificados para intervenir".[884] Además, los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas no presentan ningún fundamento en apoyo de las alegaciones relativas a las debidas garantías procesales, aduciendo que citaron nada más "que la declaración más general" del Órgano de Apelación en *Tailandia - Vigas doble T* y una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que las Comunidades Europeas ya habían invocado en su impugnación contra el proceso de selección de expertos del Grupo Especial en *CE - Hormonas*.[885] Por último, con respecto a la alegación de las Comunidades Europeas sobre una infracción del artículo 11 del ESD, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial actuó dentro de los debidos límites de sus facultades en tanto instancia a la que corresponde la apreciación de los hechos.[886]

429. El Canadá rechaza la postura de las Comunidades Europeas de que la norma jurídica pertinente para determinar la independencia o imparcialidad es la "probabilidad o duda justificable".[887] Señala en cambio que la única norma que regula los conflictos de intereses figura en

[881] *Ibid.*, párrafo 192.
[882] *Ibid.*, párrafo 211. (no se reproduce la nota de pie de página)
[883] *Ibid.*, párrafo 208.
[884] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 88.
[885] *Ibid.*, párrafo 89.
[886] *Ibid.*, párrafo 90.
[887] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 47 (donde se cita la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 195).

el artículo II (Principio rector) de las *Normas de Conducta*. Esa disposición estipula que todas las personas a las que se aplican las *Normas de Conducta*, incluidos los expertos, "serán independientes e imparciales" y "evitarán todo conflicto de intereses directo o indirecto".[888] El Canadá afirma además que los Dres. Boisseau y Boobis cumplieron la prescripción de revelación de hechos contenida en el Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos, y que, en particular, ambos cumplieron las prescripciones revelando su participación en el JECFA. A juicio del Canadá, "correspondía al Grupo Especial evaluar si ello afectaba a la independencia e imparcialidad de esos candidatos en este caso".[889]

430. El Canadá aduce que el Grupo Especial constató correctamente que los Dres. Boisseau y Boobis eran independientes e imparciales. Señala que el Grupo Especial "abordó expresamente" la alegación de que esos dos expertos estaban defendiendo su trabajo cuando explicó que consultarles tenía por objeto obtener asesoramiento sobre el contenido de la evaluación del riesgo del JECFA y contribuir a identificar en qué medida las preocupaciones planteadas por las Comunidades Europeas se habían tomado en consideración en la evaluación del riesgo realizada por el JECFA.[890] El Canadá también señala el texto del informe del Grupo Especial, y observa que éste estaba preguntando a los expertos sobre la opinión consensuada del JECFA, que podía ser distinta de las opiniones personales de los expertos, y que ambos expertos reconocieron ante el Grupo Especial que los conocimientos científicos pueden evolucionar.[891] A juicio del Canadá, es inexacto describir la participación de los Dres. Boisseau y Boobis en los paneles del JECFA como algo que "les llevaba a tener un interés (casi patrimonial) en el resultado del proceso del JECFA que se podrían haber visto obligados a defender al asesorar al Grupo Especial".[892] El Canadá advierte que en la práctica la consecuencia de la exclusión por el Grupo Especial de los Dres. Boisseau y Boobis como expertos habría sido que "el grupo de expertos elegibles se habría reducido de manera significativa, de manera que el Grupo Especial habría tenido muchas dificultades para designar expertos en todos los ámbitos de experiencia que había identificado".[893]

431. Por consiguiente, los Estados Unidos y el Canadá solicitan al Órgano de Apelación que rechace la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el principio de las debidas garantías procesales, las prescripciones de las *Normas de Conducta* y el artículo 11 del ESD al escoger a los Dres. Boisseau y Boobis, y que rechace la solicitud

[888] *Ibid.*, párrafo 47.
[889] *Ibid.*, párrafo 49.
[890] *Ibid.*, párrafo 54 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.57).
[891] *Ibid.*
[892] *Ibid.*, párrafo 56.
[893] *Ibid.*, párrafo 57.

de que se revoquen las constataciones del Grupo Especial basadas en el asesoramiento de esos dos expertos.

432. Australia está de acuerdo con el argumento de las Comunidades Europeas de que los grupos especiales deben respetar las debidas garantías procesales tanto al seleccionar expertos como al consultarlos y considera que la equidad fundamental y las debidas garantías procesales "afectan a todos los aspectos del proceso de solución de diferencias en la OMC, incluido el recurso a expertos por el Grupo Especial".[894]

C. *¿Infringió el Grupo Especial el derecho a las debidas garantías procesales de las Comunidades Europeas y no hizo una evaluación objetiva de la cuestión en las consultas con los expertos científicos?*

433. El Órgano de Apelación ha constatado con anterioridad que la obligación de conceder las debidas garantías procesales es "inherente al sistema de solución de diferencias de la OMC"[895] y ha descrito el requisito de las debidas garantías procesales como "fundamental para asegurar la sustanciación equitativa y regular del procedimiento de solución de diferencias".[896] En nuestra opinión, la protección de las debidas garantías procesales es una característica esencial de un sistema resolutorio basado en normas como el establecido en el ESD. La protección del debido proceso garantiza que los procedimientos se lleven a cabo con equidad e imparcialidad y que una de las partes no sea injustamente desfavorecida con respecto a otras partes en una diferencia.

434. El Órgano de Apelación ha reconocido la necesidad de que los grupos especiales otorguen las debidas garantías procesales a las partes con respecto a cuestiones procesales concretas. Por ejemplo, el Órgano de Apelación ha reconocido que las debidas garantías procesales exigen que se conceda a las partes en un procedimiento oportunidades adecuadas para responder a las alegaciones, argumentos o pruebas presentadas por otras partes.[897] También ha hecho referencia al principio de las debidas garantías procesales al señalar la necesidad de que los grupos especiales tengan procedimientos de trabajo normalizados[898] y facultades discrecionales para permitir la participación más amplia de

---

[894] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero participante, párrafo 48.

[895] Informe del Órgano de Apelación, *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 176. Véase también el informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 107.

[896] Informe del Órgano de Apelación, *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 88.

[897] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafos 269-273; informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, párrafo 177; informe del Órgano de Apelación, *México - Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos)*, párrafo 47; informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafos 272 y 278; informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Coco desecado*, página 26.

[898] Informe del Órgano de Apelación, *Argentina - Textiles y prendas de vestir*, nota 68 al párrafo 79; informe del Órgano de Apelación, *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 95.

terceros.[899] Además, el Órgano de Apelación ha constatado que el artículo 11 del ESD exige las debidas garantías procesales. En el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar* el Órgano de Apelación declaró lo siguiente:

> [C]omo parte de las obligaciones que les impone el artículo 11 del ESD de "hacer una evaluación objetiva de asunto" que se les haya sometido, los grupos especiales deben asegurar que se respeten las debidas garantías procesales de las partes en una diferencia.[900]

435. Estas consideraciones sobre las debidas garantías procesales se reflejan en las *Normas de Conducta.* El artículo II (Principio rector) de las *Normas de Conducta* establece que todas las personas sujetas, como los integrantes de los grupos especiales y los expertos que proporcionen asesoramiento:

> ... serán independientes e imparciales, evitarán todo conflicto de intereses directo o indirecto y respetarán la confidencialidad de las actuaciones de los órganos con arreglo al mecanismo de solución de diferencias, de manera que mediante la observancia de esas normas de conducta se preserven la integridad e imparcialidad de dicho mecanismo.

436. Los expertos científicos y la forma en que se solicitan y evalúan sus opiniones pueden influir considerablemente en la ponderación de las pruebas por un grupo especial y en su examen de una medida interna, particularmente en casos como éste, en que se trata de cuestiones científicas muy complicadas. La equidad y la imparcialidad en el proceso de adopción de decisiones son garantías fundamentales del debido proceso. Esas garantías no se respetarían si los encargados de la adopción de decisiones nombraran y consultaran a expertos que no son independientes o imparciales. Dichos nombramientos y consultas ponen en riesgo la capacidad de un grupo especial de actuar como entidad decisoria independiente. Por estos motivos estamos de acuerdo con la opinión de las Comunidades Europeas de que la protección de las debidas garantías procesales se aplica a las consultas de un grupo especial con expertos. Esta protección de las debidas garantías procesales se aplica al proceso de selección de los expertos y a las consultas del grupo especial con ellos y se mantiene a lo largo del procedimiento.

---

[899] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE)*, párrafo 243; informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 154.

[900] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 273.

a) Norma para la selección de expertos

437. El artículo 13 del ESD (Derecho a recabar información) da a los grupos especiales la facultad de recabar información de individuos o consultar expertos. El párrafo 2 del artículo 13 establece lo siguiente:

> 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. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.

438. El párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* se refiere concretamente a la consulta de expertos en diferencias examinadas en el marco de ese Acuerdo.[901] Dice lo siguiente:

> 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 o consultar a las organizaciones internacionales competentes, a petición de cualquiera de las partes en la diferencia o por propia iniciativa.

439. Se entiende que los grupos especiales tienen "facultades investigadoras significativas"[902] en virtud del artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* y un amplio margen de discrecionalidad para ejercerlas. En el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación expuso más a fondo las amplias facultades de los grupos especiales en virtud del artículo 13:

> Conviene subrayar el carácter amplio de la facultad que se otorga a los grupos especiales para "recabar" información y asesoramiento técnico de "cualquier persona o entidad" que estimen conveniente o de "cualquier fuente pertinente". Dicha facultad no se limita meramente a la elección y evaluación de la *fuente* de la información o del asesoramiento que pueda recabar un grupo especial, sino que incluye también la facultad de decidir *no recabar* tal información o asesoramiento en absoluto. Estimamos que los grupos especiales también tienen la facultad de *aceptar o rechazar* cualquier información o asesoramiento que hayan recabado y recibido o de *disponer de ellos de algún otro modo apropiado*. La competencia y autoridad de un grupo especial comprenden particularmente la facultad de determinar *la necesidad de información y asesoramiento* en un caso concreto, de establecer la *aceptabilidad* y *pertinencia* de la información o del asesoramiento recibidos y de decidir *qué peso*

[901] El párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* figura en el Apéndice 2 del ESD (Normas y procedimientos especiales o adicionales contenidos en los acuerdos abarcados).

[902] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 129.

> *atribuir a tal información o asesoramiento* o de concluir que no se debería conferir importancia alguna al material recibido.[903]

440. Las Comunidades Europeas no han impugnado en apelación la decisión del Grupo Especial de consultar a expertos *per se*, ni alegan que el Grupo Especial no haya consultado a las partes en relación con la selección de los expertos.[904] Las Comunidades Europeas no están de acuerdo con la decisión del Grupo Especial de consultar a los expertos a título individual, en lugar de establecer un grupo consultivo de expertos, pero no formula una alegación a este respecto en apelación.[905]

441. El párrafo 9 del Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos, adoptado por el Grupo Especial, prevé que se seleccionará a los expertos "sobre la base de sus calificaciones y de los conocimientos científicos o técnicos especializados necesarios". El párrafo 11 establece además lo siguiente:

> Los expertos elegidos actuarán a título personal y no como representantes de ninguna entidad. Estarán sujetos a las *Normas de Conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (WT/DSB/RC1), incluidas las prescripciones de revelación de hechos contenidas en el artículo VI de dichas Normas.

442. Como señalamos anteriormente, las *Normas de Conducta* se aplican específicamente a los expertos que asesoran a los grupos especiales, y de conformidad con el artículo II (Principio rector), "serán independientes e imparciales [y] evitarán todo conflicto de intereses directo o indirecto ..., de manera que mediante la observancia de esas normas de conducta se preserven la integridad e imparcialidad de dicho mecanismo".

---

[903] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones*, párrafo 104. (las cursivas figuran en el original) Dada la forma en que el Órgano de Apelación ha abordado el alcance de las facultades de un grupo especial en virtud del artículo 13 del ESD, estas facultades discrecionales parecerían aplicarse igualmente a las facultades discrecionales de los grupos especiales en virtud del párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF*.

[904] El Órgano de Apelación ha constatado que los grupos especiales tienen libertad para consultar a los expertos a título individual o como parte de un grupo consultivo de expertos. (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas* , párrafo 147.)

[905]Las Comunidades Europeas señalan que el Grupo Especial "declinó sin motivo la sugerencia de las Comunidades Europeas de formar un grupo consultivo de expertos" y que "[r]etrospectivamente esto ha resultado desastroso en este caso debido a las opiniones tan distintas, contradictorias e inconciliables que ha recibido de sus expertos en muchas cuestiones fundamentales". (Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, nota 76 al párrafo 187.) El Grupo Especial adujo las siguientes razones para explicar su decisión de consultar a los expertos a título individual: 1) las diversas esferas de competencia de los expertos hacían importante, en las cuestiones pertinentes, consultar a los expertos a título individual en sus esferas de competencia respectivas; y 2) no deseaba un texto consensuado de un grupo consultivo de expertos que reflejara una posición común mínima, sino escuchar las opiniones disidentes o minoritarias de los expertos. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.71; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.69.)

443. Los expertos elegidos también están sujetos a determinadas obligaciones de revelación de hechos y de confidencialidad previstas en otras partes de las *Normas de Conducta*, y hay procedimientos para someter al Presidente del OSD información sobre una "violación importante" de esas obligaciones a fin de que adopte las medidas adecuadas.[906]

444. Las Comunidades Europeas alegan que las debidas garantías procesales exigen que los "expertos que oye o consulta una corte, tribunal o grupo especial deben ser *independientes e imparciales*".[907] Afirman a continuación que el criterio jurídico pertinente para evaluar si un experto es independiente e imparcial se basa en la obligación de revelación de hechos que figura en el párrafo 2 del artículo VI de las *Normas de Conducta*, que establece que los expertos "revelarán cualquier información que ... pueda afectar a su independencia o imparcialidad o dar lugar a dudas justificables de ellas". Las Comunidades Europeas afirman que esta norma es "sencilla y poco exigente" y "no requiere certeza ni un alto grado de probabilidad".[908]

445. Las prescripciones del artículo VI de las *Normas de Conducta* se relacionan, como su título indica, con las obligaciones de revelación de hechos por las personas sujetas, incluidos los expertos. Las *Normas de Conducta* no prevén la exclusión automática de una persona sujeta, tras la revelación de hechos establecida en el artículo VI y la Lista ilustrativa de las informaciones que deben revelarse, que figura como Anexo 2 de las *Normas de Conducta*. No obstante, no vemos con qué fundamento podría decidir un grupo especial que haya recibido información que pueda afectar o dar lugar a dudas justificables sobre la independencia o imparcialidad de un experto consultar a ese experto.

446. Sin embargo, no estamos de acuerdo con la caracterización que hacen las Comunidades Europeas del párrafo 2 del artículo VI en el sentido de que establece una norma "poco exigente". Por el contrario, consideramos que la norma establecida en el párrafo 2 del artículo VI es estricta. Se debe alentar a las personas sujetas a que revelen toda información que pueda ser pertinente para determinar si puede haber dudas justificables sobre su independencia o imparcialidad. La revelación de información no debe conducir a la exclusión automática. Será preciso determinar objetivamente y fundamentar debidamente si los hechos revelados podrían afectar o dar lugar a dudas justificables sobre la independencia o imparcialidad de una persona. En el caso de un experto, el grupo especial debe evaluar los hechos revelados a la luz de la información presentada por las partes o de otra información disponible. Debe entonces determinar si, sobre la base de los hechos correctos, hay probabilidad de que la independencia e imparcialidad del experto puedan resultar afectadas, o si hay

[906] *Normas de Conducta*, artículos VI (Prescripciones de revelación de hechos por las personas sujetas), VII (Confidencialidad) y VIII (Procedimiento para las eventuales violaciones importantes).

[907] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 188. (las cursivas figuran en el original)

[908] *Ibid.*, párrafo 195.

dudas justificables sobre éstas. Si este es, en efecto, el caso, el grupo especial no debe nombrar a esa persona como experto.

b) Revelación de conflictos de intereses

447. Las Comunidades Europeas aducen también que el Grupo Especial no exigió el cumplimiento de la prescripción relativa a la revelación de hechos, ni estudió adecuadamente los posibles conflictos de intereses. Acusan al Grupo Especial de "no haber exigido el cumplimiento de la prescripción de revelación de hechos"[909] en el caso del Dr. Boisseau y, por consiguiente, de haber convertido el párrafo 4 del Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos en "letra muerta".[910]

448. Según exige el párrafo 2 del artículo VI de las *Normas de Conducta*, todas las personas sujetas, incluidos los expertos, "revelarán cualquier información que pueda razonablemente pensarse que conocen en el momento en que, por entrar en el ámbito de aplicación del principio rector de las presentes Normas, pueda afectar a su independencia o imparcialidad o dar lugar a dudas justificables de ellas". La Lista ilustrativa de las informaciones que deben revelarse de conformidad con el artículo VI incluye los siguientes ejemplos de cuestiones que deben revelarse:

> b) intereses profesionales (por ejemplo una relación pasada o actual con clientes privados, o cualesquiera intereses que la persona pueda tener en procedimientos nacionales o internacionales, y sus implicaciones, cuando éstos se refieran a cuestiones análogas a las examinadas en la diferencia de que se trate);
>
> c) otros intereses activos (por ejemplo, participación activa en grupos de intereses públicos u otras organizaciones que puedan tener un programa declarado que sea pertinente para la diferencia de que se trate);
>
> d) declaraciones explícitas de opiniones personales sobre cuestiones pertinentes para la diferencia de que se trate (por ejemplo, publicaciones, declaraciones públicas).

449. El párrafo 4 del Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos adoptado por el Grupo Especial dispone lo siguiente:

> El Grupo Especial exigirá el currículum vítae de cada persona propuesta, incluidas todas las publicaciones pertinentes. También se pedirá a los expertos propuestos que proporcionen información sobre posibles conflictos de interés y que indiquen si han trabajado para las empresas de que se trate, o para organismos reguladores nacionales o internacionales que se ocupen de cuestiones similares a las que son objeto de esta diferencia, si han recibido financiación de ellos o si les han prestado asesoramiento. Se facilitará a las partes una lista de los expertos que reúnan las condiciones requeridas, junto con sus respectivos currículum vítae y declaraciones de interés.

[909] *Ibid.*, párrafo 192.
[910] *Ibid.*, párrafo 197.

> Las partes dispondrán de tiempo suficiente para examinar las candidaturas y tendrán la posibilidad de formular observaciones al respecto y de dar a conocer cualesquiera objeciones convincentes que puedan tener respecto de algún experto en particular.[911]

450. En su declaración pertinente a la revelación de hechos, el Dr. Boisseau dijo que "[a]l haber trabajado como funcionario público, no tengo ningún conflicto de intereses que pueda impedirme actuar como experto científico para estos dos Grupos Especiales de la OMC".[912] La revelación de hechos tiene por finalidad informar sobre hechos pertinentes que permitan al Grupo Especial determinar si la información puede afectar o dar lugar a dudas justificables sobre la independencia o imparcialidad del experto. En cambio, en la declaración del Dr. Boisseau se llega a una conclusión sobre una cuestión que correspondía al Grupo Especial decidir. En la declaración del Dr. Boisseau no se indica si éste ha "trabajado para las empresas de que se trate, o para organismos reguladores nacionales o internacionales que se ocupen de cuestiones similares a las que son objeto de esta diferencia, si ha[] recibido financiación de ellos o si les ha[] prestado asesoramiento". En la declaración no se menciona su vinculación con el JECFA, ni el hecho de haber sido Presidente o Vicepresidente de grupos del JECFA que evaluaron algunas de las hormonas objeto de esta diferencia.[913] Además, el puesto de funcionario público del Dr. Boisseau no era en sí mismo un impedimento para un conflicto de intereses. Por lo tanto, estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que la declaración del Dr. Boisseau no parece cumplir plenamente las prescripciones del párrafo 2 del artículo VI de las *Normas de Conducta* ni el párrafo 4 del Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos adoptado por el Grupo Especial.

451. Observamos que, en opinión del Canadá, la prescripción de revelación de hechos quedó satisfecha con la información aportada en el currículum vítae del Dr. Boisseau, que el Canadá considera que constituía una revelación plena de la actuación del Dr. Boisseau en el JECFA.[914] Aunque los grupos especiales deben insistir en que los posibles expertos cumplan las prescripciones de revelación de hechos establecidas en las *Normas de Conducta*, y aunque las partes tienen derecho a una revelación de hechos de los expertos completa, constatamos que el Grupo Especial no se excedió de sus facultades al concluir que la breve declaración del Dr. Boisseau, considerada juntamente con la información que figura en su currículum vítae, constituía una revelación suficiente en este caso.

---

[911] Informes del Grupo Especial, anexo A, página A-11.

[912] Véase en el expediente del Grupo Especial el documento "Información sobre conflictos de intereses presentada por el Dr. Jacques Boisseau" (sin fecha).

[913] Véase *infra*, párrafo 458.

[914] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 49.

El currículum vítae del Dr. Boisseau aporta información sobre su actuación en el JECFA y sus demás actividades profesionales.[915]

452. Las Comunidades Europeas alegan también que el Grupo Especial "nunca examinó realmente si todos los expertos tenían posibles conflictos de intereses y si los expertos cumplían las condiciones para ser verdaderamente independientes e imparciales".[916] Entendemos que esta alegación se refiere a las objeciones de las Comunidades Europeas, planteadas también en su carta al Grupo Especial de fecha 28 de marzo de 2006, de que: i) el Dr. Boisseau declaró "en una audiencia pública ante el Senado de Francia, en 1996 ... que las tres hormonas naturales no plantean un peligro para la salud pública"; ii) el Dr. Boisseau adoptó la posición "en un debate público ... de que únicamente los riesgos 'importantes' son pertinentes en la adopción de decisiones basadas en el principio de cautela"; y iii) el Dr. Boobis, según se alega, recibía financiación de una empresa farmacéutica en el momento en que hizo su revelación, y no reveló la posible financiación ni la vinculación en el caso de otras dos empresas.[917]

453. El Grupo Especial dijo que había "consider[ado] cuidadosamente la solicitud de las Comunidades Europeas, incluida la información proporcionada sobre posibles conflictos de intereses".[918] No obstante, el Grupo Especial constató que las objeciones de las Comunidades Europeas "no estaban justificadas"[919], y agregó lo siguiente:

> [El Grupo Especial] constató en particular que la declaración que había hecho un experto ante el Senado de Francia en 1996 no se había hecho en relación con hormonas utilizadas con fines de estimulación del crecimiento sino con respecto a hormonas utilizadas con fines de tratamiento médico. Constató también que los vínculos de otro experto con dos empresas que participaban en actividades de investigación y asesoramiento no guardaban relación con medicamentos veterinarios ni con hormonas.[920]

---

[915] El currículum vítae del Dr. Boisseau indica que fue miembro del JECFA entre 1988 y 2001, Presidente en 1994, 1998, 2000 y 2002, y Vicepresidente en 1992, 1994, 1995, 1997 y 2001.

[916] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 192.

[917] Carta de las Comunidades Europeas al Grupo Especial de fecha 28 de marzo de 2006 (citada en la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 196).

[918] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.87; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.85.

[919] *Ibid.*

[920] *Ibid.* El Grupo Especial observó asimismo que:

> El Grupo Especial desea destacar los problemas con que tropezó para la selección de los expertos. Había un número limitado de especialistas sugeridos y realmente disponibles en cada una de las áreas en que el Grupo Especial necesitaba asistencia y en casi todos los casos una o más partes se opusieron a esos especialistas. Por ejemplo, se consideró que sólo seis de los expertos identificados y disponibles tenían conocimientos amplios en el análisis del riesgo. Todos esos expertos fueron objeto de objeciones por lo menos por una parte.

454. Las Comunidades Europeas impugnan la definición "restringida" del conflicto de intereses aplicada por el Grupo Especial y reiteran los "hechos no controvertidos" de que:

> El Dr. Boisseau efectivamente adoptó una posición a favor de la inocuidad de estas hormonas, si bien en el contexto de un debate sobre el tratamiento terapéutico en animales, y el Dr. Boobis ha recibido financiación de la industria farmacéutica para su investigación y asesoramiento, si bien no de empresas del área de los medicamentos veterinarios o de estas hormonas (aunque esto nunca se ha verificado de manera específica) ... En lo que respecta a la financiación de las empresas al Dr. Boobis, los Grupos Especiales se abstuvieron de verificar si había vínculos reales o posibles entre las empresas que lo financiaban y otras empresas productoras de medicamentos veterinarios o de estas hormonas. De hecho, por lo que saben las Comunidades Europeas, los Grupos Especiales se abstuvieron de formular preguntas al Dr. Boobis sobre esta cuestión precisa.[921]

Como hemos constatado, el criterio que han de aplicar los grupos especiales al seleccionar a los expertos es si hay un fundamento objetivo para concluir que la independencia o imparcialidad de un experto puede verse afectada o si hay dudas justificables de la independencia o imparcialidad de ese experto. En este caso, el Grupo Especial explicó que "consideró cuidadosamente" las objeciones, "incluida la información proporcionada sobre posibles conflictos de intereses", antes de concluir que las objeciones "no [estaban] justificadas".[922] Además, el Grupo Especial dio explicaciones específicas sobre la razón por la cual estaba en desacuerdo con las objeciones de las Comunidades Europeas.[923]

455. En apelación, las Comunidades Europeas reconocen que la declaración del Dr. Boisseau ante el Senado de Francia no se refería a la utilización de las hormonas con fines de estimulación del crecimiento. Las Comunidades Europeas no presentan argumentos que expliquen por qué la declaración del Dr. Boisseau acerca de la utilización de las hormonas con fines terapéuticos significa que no sería imparcial en sus opiniones relativas a la utilización de estas hormonas con fines de estimulación del crecimiento. Las propias Comunidades Europeas regulan la utilización de las hormonas en cuestión con fines veterinarios de manera diferente de la utilización con fines de estimulación del crecimiento en la Directiva 2003/74/CE.[924] No consideramos tampoco que en este caso la información sobre los vínculos del Dr. Boobis con ciertas empresas farmacéuticas aportaran

---

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 382 al párrafo 7.87; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 374 al párrafo 7.85.)

[921] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 203.

[922] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.87; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.85.

[923] *Ibid.*

[924] La Directiva 2003/74/CE dispone que "en caso necesario, puede seguir autorizándose el uso de algunas de las [hormonas en cuestión] para fines terapéuticos o tratamiento zootécnico, habida cuenta de que no es probable, por la naturaleza y la duración limitada de los tratamientos, que pueda representar un riesgo para la salud pública, en las cantidades prescritas y en las estrictas condiciones establecidas en la Directiva 96/22/CE para prevenir cualquier posible uso incorrecto". (Directiva 2003/74/CE, considerando 11.)

un fundamento objetivo para concluir que había dudas justificables de su imparcialidad o independencia. Las Comunidades Europeas no presentaron pruebas que indicasen que las empresas de las que recibía financiación el Dr. Boobis tuvieran vínculos con otras empresas productoras de medicamentos veterinarios o de las hormonas en cuestión. Por lo tanto, consideramos que el Grupo Especial no se excedió de sus facultades al desestimar las objeciones de las Comunidades Europeas relativas a las declaraciones de revelación realizadas por los Dres. Boisseau y Boobis de conformidad con las *Normas de Conducta* y el párrafo 4 del Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos adoptado por el Grupo Especial.

c) Vinculación anterior con el JECFA

456. Las Comunidades Europeas alegan que en las razones aducidas por el Grupo Especial para no excluir a los Dres. Boisseau y Boobis nunca se abordó la cuestión fundamental de su vinculación con el JECFA. En opinión de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial no tuvo en cuenta su "objeción más importante"[925], a saber, que un experto que ha participado en la redacción de informes del JECFA no puede ser independiente e imparcial porque, en este caso, se pedía a los expertos que evaluaran nuevos testimonios científicos en que se basaban informes que eran directamente críticos, o contradictorios, con su contribución anterior a los informes del JECFA. Las Comunidades Europeas aducen que, por ser "autores de los informes del JECFA"[926], "no puede considerarse que [los Dres. Boisseau y Boobis] sean independientes e imparciales en estas circunstancias, porque ello equivaldría a pedirles que examinaran y criticaran informes que ellos mismos había redactado".[927]

457. El JECFA, administrado conjuntamente por la FAO y la OMS, es "un Comité internacional de expertos científicos" que evalúa la inocuidad de aditivos alimentarios, contaminantes, sustancias tóxicas que se producen naturalmente y residuos de medicamentos veterinarios en los alimentos.[928] El JECFA "realiza evaluaciones de[l] riesgo y da asesoramiento a la FAO, la OMS y los países miembros de ambas organizaciones".[929] Algunos países usan información del JECFA en sus programas nacionales de control de la inocuidad de los alimentos.[930] Las solicitudes de asesoramiento científico "se canalizan generalmente a través de la Comisión del Codex Alimentarius (el Codex)".[931] El Codex también adopta normas internacionales sobre la base de las evaluaciones realizadas por

[925] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 203.
[926] *Ibid.*, párrafo 205.
[927] *Ibid.*
[928] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 377 al párrafo 7.78; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 369 al párrafo 7.76.
[929] *Ibid.*
[930] *Ibid.*
[931] *Ibid.*

el JECFA.[932] El Codex ha adoptado normas internacionales para cinco de las hormonas objeto de esta diferencia, a saber, el estradiol-17β, la testosterona, la progesterona, el acetato de trembolona y el zeranol, sobre la base de evaluaciones realizadas por el JECFA.[933] Además, el Codex ha iniciado un proceso de establecimiento de normas para el MGA, también sobre la base de evaluaciones del JECFA, pero este proceso aún no ha concluido.[934]

458. Las evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA en relación con el estradiol-17β, la testosterona, la progesterona, el acetato de trembolona y el zeranol ocupan el lugar central en la diferencia entre los participantes en este caso. Por lo que se refiere al estradiol-17β, las Comunidades Europeas adujeron que "el enfoque del Codex tiene serias limitaciones en situaciones no lineales, como ocurre en lo relativo a estas hormonas", y explicaron que la "orientación actualmente disponible del Codex aborda mal los casos como éste en que los riesgos se derivan de los cambios en la exposición a moléculas biológicamente activas que, con diferencias insignificantes en su biodisponibilidad, tienen efectos trascendentales, como activar o desactivar programas completos de desarrollo del genoma humano o inducir estados patológicos".[935] Las Comunidades Europeas adujeron también que la evaluación del JECFA estaba basada en datos "obsoletos".[936] En cuanto a las cuatro hormonas sujetas a la prohibición provisional y para las que existe una norma internacional, las Comunidades Europeas afirmaron que las conclusiones a que llegó el JECFA en 1988 y 1999 ya no eran "válidas".[937] En lo referente al MGA, que también está sujeto a la prohibición provisional, las Comunidades Europeas observan que "casi todos los estudios" mencionados en el Informe del JECFA de 2000 en que se evaluó el MGA "son de los años sesenta o setenta".[938] Las Comunidades Europeas consideraban que la evaluación del JECFA de estas hormonas era "insuficiente[]"[939] para llevar a cabo una evaluación del riesgo del tipo exigido por el *Acuerdo MSF*, habida cuenta del hecho de que las

---

[932] *Ibid.*

[933] Comisión del Codex Alimentarius, *Límites Máximos de Residuos para Medicamentos Veterinarios en los Alimentos*, actualizado en la 29ª Sesión de la Comisión del Codex Alimentarius (julio de 2006), CAC/MRL 2 (Prueba documental 22 presentada por el Canadá al Grupo Especial en el asunto *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*).

[934] Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.813; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.799.

[935] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.458; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.446 (donde se hace referencia a la respuesta de las Comunidades Europeas a la pregunta 24 del Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo B-1, párrafo 140).

[936] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.423; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.414.

[937] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.226; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.217.

[938] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.233; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.221.

[939] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.234; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.222.

Comunidades Europeas habían decidido adoptar un nivel de protección más elevado que el nivel implícito en las normas internacionales del JECFA.[940] En estas circunstancias, el Grupo Especial debería haber examinado minuciosamente cualquier vínculo institucional que los expertos pudieran tener con el JECFA y determinado objetivamente si esos vínculos podían afectar o dar lugar a dudas justificables sobre la independencia o imparcialidad de los expertos.

459. Tanto el Dr. Boisseau como el Dr. Boobis tenían estrechos vínculos institucionales con el JECFA. El Dr. Boisseau fue miembro del JECFA de 1987 a 2002[941], y el Dr. Boobis fue miembro de 1997 a 2006. La condición de miembro del JECFA, en nuestra opinión, refleja el reconocimiento internacional de los conocimientos especializados de un determinado científico. A este respecto, el Grupo Especial observó que el JECFA es una "entidad internacional independiente integrada por expertos de gran competencia seleccionados por la OMS o la FAO con arreglo a un proceso riguroso".[942] Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que los Dres. Boisseau y Boobis son científicos altamente calificados. El hecho de que los Dres. Boisseau y Boobis sean personas calificadas y con conocimientos -y, por lo tanto, expertos- no nos causa preocupación en cuanto a su imparcialidad e independencia. Al contrario, pensamos que cabría esperar que una persona que está considerada como un experto tenga opiniones, e incluso opiniones muy firmes, sobre su ámbito de competencia particular. Sin embargo, estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que las calificaciones y los conocimientos pertinentes de los Dres. Boisseau y Boobis no son por sí mismos garantías suficientes de su independencia e imparcialidad.[943] Un experto podría ser muy calificado y tener conocimientos profundos y, sin embargo, su nombramiento podría generar preocupación en cuanto a su imparcialidad o independencia debido a la vinculación institucional de ese experto o por

---

[940] En contraste, como explicamos en las sección VII.E, el Grupo Especial consideró que la existencia de normas internacionales (o, en el caso del MGA, de un proceso avanzado que pudiera llevar finalmente a la adopción de una norma internacional) establecía una presunción de que había testimonios científicos suficientes para llevar a cabo una evaluación del riesgo. El Grupo Especial explicó su opinión como sigue:

> La presunción de compatibilidad de las medidas que se ajustan a las normas, directrices y recomendaciones internacionales con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* implica que estas normas, directrices y recomendaciones, en particular aquellas a que se hace referencia en este caso, se basan en evaluaciones del riesgo que satisfacen las prescripciones del *Acuerdo MSF*. En consecuencia, esto significa que había suficientes datos para que el JECFA hiciera las evaluaciones del riesgo apropiadas.

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.644; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.622.) (no se reproduce la nota de pie de página)

[941] El currículum vítae del Dr. Boisseau indica que fue miembro del JECFA de 1988 a 2001. Sin embargo, figura como miembro en el 32º informe del JECFA, que corresponde a una sesión celebrada en Roma del 15 al 23 de junio de 1987, y también en el 58º informe del JECFA, que corresponde a una sesión celebrada en Roma del 21 al 27 de febrero de 2002. (Véase la Prueba documental 25 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial; y las Pruebas documentales 29 y 34 presentadas por el Canadá al Grupo Especial.)

[942] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.62; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.57.

[943] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 196.

otras razones. Por las mismas razones, el hecho de que el JECFA seleccione a sus expertos con arreglo a un proceso riguroso no garantiza por sí solo que estos expertos sean independientes e imparciales con respecto a las cuestiones que puedan surgir en una diferencia en el marco de la OMC.

460. Los Dres. Boisseau y Boobis, además de participar en el JECFA, estuvieron directamente involucrados en las evaluaciones del JECFA de las seis hormonas en cuestión. El Dr. Boisseau era miembro del JECFA en 1987 cuando el Comité evaluó el estradiol-17β, la progesterona, la testosterona, el acetato de trembolona y el zeranol.[944] Tanto el Dr. Boisseau como el Dr. Boobis eran miembros del JECFA en 1999 cuando éste volvió a evaluar el estradiol-17β, la progesterona y la testosterona. En su sesión de 1999, el JECFA adoptó ingestas diarias admisibles ("IDA") recomendadas para el estradiol-17β, la testosterona y la progesterona.[945] En el informe de la sesión de 1999 figuran el Dr. Boisseau como Presidente y el Dr. Boobis como uno de los dos Correlatores. Los Dres. Boisseau y Boobis también participaron en la evaluación del MGA en 2000.[946] En esa ocasión, en el correspondiente informe del JECFA figuran el Dr. Boisseau como Vicepresidente y el Dr. Boobis como Correlator.[947] En resumen, el Dr. Boisseau era miembro del JECFA cuando éste evaluó las seis hormonas objeto de esta diferencia, y el Dr. Boobis participó en la evaluación de cuatro de las seis hormonas. Por ser Presidente, Vicepresidente y Correlator, sería de esperar que hayan desempeñado un papel significativo en los debates.

461. El Grupo Especial consideró que la participación de los Dres. Boisseau y Boobis en el JECFA, en lugar de ser un motivo de preocupación, haría que fueran más útiles como expertos:

> El Grupo Especial decidió no excluir *a priori* a los expertos que habían participado en la preparación y redacción de las evaluaciones del riesgo del JECFA porque se privaría con ello al Grupo Especial y a las partes del beneficio de la contribución de especialistas internacionalmente reconocidos y porque el Grupo Especial opinaba que los expertos familiarizados con los informes del JECFA estarían en buenas condiciones de ayudar al Grupo Especial a entender la labor del JECFA a que las

[944] JECFA, "Evaluación de ciertos residuos de medicamentos en los alimentos", 32º informe, 1988 (Prueba documental 25 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*).

[945] JECFA, "Evaluación de ciertos residuos de medicamentos en los alimentos", 52º informe, 2000. El Comité no especificó LMR para estas tres hormonas porque constató que "los datos disponibles sobre la identidad y concentración de los residuos del medicamento veterinario en los tejidos animales indican un amplio margen de seguridad para el consumo de residuos en los alimentos cuando el medicamento se administra con arreglo a las buenas prácticas en el uso de medicamentos veterinarios". Por lo tanto, el Comité "concluyó que la presencia de residuos de medicamentos en el producto de origen animal citado no plantea una preocupación sanitaria y que no es necesario especificar un LMR numérico". (JECFA, 52º informe, página 101, nota 1 (Prueba documental 5 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial en *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*).)

[946] El Dr. Boobis también participó en la evaluación del MGA en 2004 (JECFA, "Evaluación de ciertos residuos de medicamentos en los alimentos", 62º informe, 2004 (Prueba documental 20 presentada por el Canadá al Grupo Especial en *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*)).

[947] JECFA, "Evaluación de ciertos residuos de medicamentos en los alimentos", 54º informe, 2001.

> partes, en particular las Comunidades Europeas, se referían ampliamente en sus comunicaciones.[948]

462. El Grupo Especial señaló asimismo que "dado que las evaluaciones del riesgo del JECFA se utilizaron como evaluaciones del riesgo de referencia a efectos del análisis previsto en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, era necesario que el Grupo Especial pudiera basarse en el asesoramiento de expertos profundamente familiarizados con el contenido sustantivo de las evaluaciones del riesgo del JECFA".[949] El razonamiento del Grupo Especial no nos convence. Precisamente porque las evaluaciones del riesgo del JECFA desempeñan una función tan importante en esta diferencia, el Grupo Especial debería haber sido especialmente prudente a la hora de nombrar expertos a personas con vínculos institucionales con el JECFA. El Grupo Especial otorgó a los expertos un amplio margen en lo referente a su examen de las pruebas y al asesoramiento que prestaban. Dada la forma en que el Grupo Especial estructuró sus consultas con los expertos, le habría resultado muy difícil limitar el alcance del asesoramiento que recibió del Dr. Boisseau y el Dr. Boobis a la "labor del JECFA". De hecho, en nuestro examen del expediente del Grupo Especial se indica que éste no limitó sus consultas con los Dres. Boisseau y Boobis a la "labor del JECFA".[950] Por ejemplo, en relación con la prohibición permanente de la carne de bovinos tratados con estradiol-17β impuesta por las Comunidades Europeas, el Grupo Especial preguntó a los expertos (incluidos el Dr. Boisseau y el Dr. Boobis lo siguiente):

> En su opinión, ¿hasta qué punto la evaluación del riesgo de las [Comunidades Europeas] identifica los posibles efectos perjudiciales para la salud humana, entre ellos el potencial cancerígeno y genotóxico, de los residuos de estradiol-17β encontrados en la carne del vacuno al que se ha administrado hormonas a fin de promover el crecimiento, de conformidad con las buenas prácticas veterinarias? ¿Hasta qué punto la evaluación del riesgo de las [Comunidades Europeas] permite evaluar la posible aparición de estos efectos perjudiciales?[951]

463. Esta pregunta se refiere directamente a la idoneidad de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas y no concierne a la labor del JECFA. Tanto el Dr. Boisseau como el

---

[948] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.85; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.83. (no se reproduce la nota de pie de página)

[949] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.62; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.57.

[950] El Grupo Especial formuló por escrito 62 preguntas a los seis expertos científicos. El Dr. Boisseau respondió a 59 preguntas y el Dr. Boobis a 45. Hay un marcado contraste entre éstos y los demás expertos, que respondieron a muchas menos preguntas: el Dr. de Brabander contestó a 17 preguntas, el Dr. Cogliano a 12, el Dr. Guttenplan contestó a 31 preguntas, y el Dr. Sippell a 4. (Véase el documento obrante en el expediente del Grupo Especial titulado *Statistics on Replies by the Scientific Experts* (Estadísticas sobre las respuestas de los expertos científicos).) No queremos sugerir con esto que resulte problemático que un experto responda a demasiadas preguntas. Nos referimos a esas cifras sencillamente para ilustrar el amplio alcance del asesoramiento prestado por el Dr. Boisseau y el Dr. Boobis en este asunto.

[951] Informes del Grupo Especial, anexo D, página D-24, pregunta 13.

Dr. Boobis respondieron a esta pregunta, y, en su análisis, el Grupo Especial se basó en sus respuestas:

> El Dr. Boisseau concluyó que las Comunidades Europeas no habían demostrado que el consumo de carne de ganado vacuno tratado con cualquiera de las seis hormonas en cuestión para estimular el crecimiento ocasionara posibles efectos adversos para la salud humana. ...[952]

> El Dr. Boobis dijo que, en su opinión, ninguna parte de la información facilitada por las Comunidades Europeas demuestra posibles efectos adversos para las personas de ninguna de las seis hormonas presentes en la carne de ganado vacuno al que se administran para estimular su crecimiento, en las concentraciones a las que estarían expuestos los consumidores de dicha carne. Los estudios sobre genotoxicidad no proporcionan pruebas convincentes sobre posibles efectos nocivos para los consumidores. Los efectos cancerígenos observados concuerdan totalmente con un modo de acción de tipo hormonal que presenta un umbral que estaría muy por encima de la ingesta derivada del consumo de carne de ganado vacuno tratado.[953]

En sus respuestas, los Dres. Boisseau y Boobis evaluaron directamente la idoneidad de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas.

464. El Grupo Especial también preguntó a los expertos si la evaluación del riesgo que habían realizado las Comunidades Europeas examinaba los riesgos derivados específicamente del consumo de carne de bovinos tratados con las seis hormonas en cuestión:

> ¿Demuestra la evaluación del riesgo de las Comunidades Europeas, o cualquier otro documento científico citado por las Comunidades Europeas, que el consumo de carne de ganado vacuno tratado con cualquiera de las seis hormonas en cuestión para estimular el crecimiento puede tener efectos adversos para la salud de las personas? En caso afirmativo, ¿por qué razón? De no ser así, ¿qué tipo de pruebas se necesitarían para demostrar esos posibles efectos adversos? ¿Habría sido diferente su respuesta cuando se adoptó la Directiva, en septiembre de 2003?[954]

465. Esta pregunta se refiere al requisito de especificidad considerado por el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Hormonas*.[955] Los Dres. Boisseau y Boobis respondieron a la pregunta, y también en esta ocasión el Grupo Especial se basó en sus respuestas al examinar la compatibilidad de la

---

[952] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.526; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.498 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 406).

[953] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.527; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.499 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 408).

[954] Informes del Grupo Especial, anexo D, página D-94, pregunta 52.

[955] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 199.

evaluación del riesgo hecha por las Comunidades Europeas con el *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial resume la respuesta del Dr. Boisseau en los siguientes términos:

> El Dr. Boisseau concluyó que las Comunidades Europeas no habían demostrado que el consumo de carne de ganado vacuno tratado con cualquiera de las seis hormonas en cuestión para estimular el crecimiento ocasionara posibles efectos adversos para la salud humana. Además, dijo que para demostrar esos posibles efectos adversos sería preciso proporcionar pruebas como las siguientes: a) datos toxicológicos que indiquen que los valores de las IDA establecidas por el JECFA no son suficientemente prudentes, y b) datos sobre la presencia de residuos en el ganado vacuno tratado y no tratado y sobre la producción diaria de hormonas en personas sensibles [como los niños prepúberes] que indiquen que la ingesta de residuos hormonales asociada al consumo de carne de ganado vacuno tratado es tal que si se utilizasen promotores del crecimiento se superarían las IDA establecidas.[956]

466. Este extracto es un buen ejemplo de los problemas resultantes de la participación de los Dres. Boisseau y Boobis en la evaluación de las hormonas de que se trata en esta diferencia hecha por el JECFA. La respuesta del Dr. Boisseau indica que consideró el JECFA y, en particular, su criterio de utilizar IDA, como punto de referencia para evaluar la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas.[957]

467. Otro ejemplo de este problema lo ofrece la respuesta del Dr. Boisseau a la pregunta del Grupo Especial sobre si los testimonios científicos a que se hacía referencia en los Dictámenes del SCVPH respaldaban la conclusión de que los efectos cancerígenos de las hormonas en cuestión tienen relación con algún otro mecanismo, distinto de la actividad hormonal.[958] Para cada una de las hormonas en cuestión, excepto para el estradiol-17β (con respecto al cual se remitió a una respuesta anterior), el Dr. Boisseau comparó la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas con las conclusiones del JECFA. Por ejemplo, el Dr. Boisseau dio la siguiente respuesta en relación con la progesterona:

> En su 32ª reunión, el JECFA concluyó que: "Aunque se han publicado resultados equívocos sobre la inducción de roturas y aductos en cadenas sencillas de ADN *in vitro* e *in vivo* en algunos estudios, la progesterona no es mutagénica ... la progesterona no tiene potencial genotóxico". También concluyó que "estos efectos de producción de tumores solamente ocurrieron con dosis de progesterona que tenían

[956] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.526; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.498 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 406).

[957] Este extracto también muestra que hay un problema en la norma aplicada por el Grupo Especial para examinar la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas. Explicamos esto en la sección VII.E del presente informe.

[958] Informes del Grupo Especial, anexo D, página D-30, pregunta 16.

> efectos hormonales evidentes ... los efectos de la progesterona en la producción de tumores estaba directamente relacionada con su actividad hormonal".
>
> En su informe de 1999, el SCVPH concluyó, con respecto a la carcinogénesis de la progesterona, que: "Actualmente los datos son insuficientes para hacer una estimación cuantitativa del riesgo derivado de la exposición a residuos en la carne." Por lo tanto, las pruebas científicas en que se basan las conclusiones del SCVPH no respaldan la conclusión de que los efectos cancerígenos de la progesterona estén relacionados con ningún otro mecanismo, distinto de la actividad hormonal.[959]

La respuesta relativa a la testosterona es similar:

> En su trigésima segunda sesión, el JECFA concluyó que el incremento de la incidencia de tumores de próstata y de útero observados en roedores tratados con dosis elevadas de testosterona eran "resultado de la actividad hormonal de la testosterona". En su quincuagésima segunda sesión, celebrada en 1999, el JECFA concluyó que "En las células de mamífero no se encontraron aberraciones cromosómicas, mutaciones ni aductos de ADN tras un tratamiento con testosterona ... la testosterona no tiene potencial genotóxico."
>
> En su informe de 1999, el SCVPH concluyó con respecto a la carcinogénesis de la testosterona que, dados los datos limitados sobre la genotoxicidad y la carcinogénesis en seres humanos, no se puede hacer una estimación cuantitativa concluyente del riesgo derivado de una ingesta excesiva con carne de animales tratados. Por lo tanto, las pruebas científicas en las que se basan los Dictámenes del SCVPH no respaldan la conclusión de que los efectos cancerígenos de la testosterona tienen relación con algún otro mecanismo, distinto de la actividad hormonal.[960]

Estas dos respuestas aparecen citadas en el razonamiento del Grupo Especial.[961] El Dr. Boisseau también hizo una comparación con el JECFA al final de su respuesta, cuando resumió sus opiniones en los siguientes términos:

> [T]eniendo presentes las conclusiones del JECFA y el hecho de que el SCVPH siempre basa sus reservas en la falta de datos más que en los datos que demuestran la genotoxicidad y la capacidad de las otras cinco hormonas (progesterona, testosterona, melengestrol, trembolona y zeranol) de actuar como cancerígenos completos, se puede decir que las pruebas científicas en que se basan los Dictámenes del SCVPH no respaldan la conclusión de que los efectos cancerígenos de estas cinco hormonas están relacionados con un mecanismo distinto de su actividad hormonal.[962]

---

[959] *Ibid.*, párrafos 157 y 158.
[960] *Ibid.*, párrafos 159 y 160.
[961] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.732 y nota 859 al mismo, párrafo 7.738 y nota 865 al mismo, y párrafo 7.752 y nota 878 al mismo; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.709 y nota 807 al mismo, párrafo 7.715 y nota 813 al mismo; y párrafo 7.731 y nota 828 al mismo.
[962] Informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 167.

468. Se puede observar un problema semejante respecto de la cuestión de la suficiencia de los testimonios en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En la reunión que mantuvieron con el Grupo Especial y con las partes, los Estados Unidos preguntaron a los expertos si, a su juicio, los testimonios científicos en los que se habían basado las Comunidades Europeas en los Dictámenes del SCVPH respaldaban la conclusión de que no es posible completar una evaluación del riesgo para las cinco hormonas sujetas a la prohibición provisional.[963] El Dr. Boobis se refirió a su experiencia en el JECFA y respondió lo siguiente:

> No puedo hablar por las [Comunidades Europeas] y creo que lo que se ha dicho es bastante correcto. Puedo hablar por el JECFA en el que participé y en nuestra opinión teníamos información suficiente para completar una evaluación del riesgo. No sé si eso es útil, pero esa era la situación cuando analizamos los datos disponibles sobre esas otras cinco hormonas.[964]

469. Sin embargo, las Comunidades Europeas basaron gran parte de los argumentos que expusieron al Grupo Especial en las limitaciones que tenía el enfoque adoptado por el JECFA. Dado que en su propia evaluación del riesgo las Comunidades Europeas pusieron en tela de juicio la validez de las evaluaciones del riesgo hechas por ese organismo, era improcedente que el Grupo Especial pidiera al Dr. Boisseau y al Dr. Boobis, que habían participado directamente en la evaluación hecha por el JECFA, que examinaran la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas. Para alguien en esta situación, lo natural hubiera sido comparar las evaluaciones del riesgo, no evaluar si los testimonios científicos en los que se basaron las Comunidades Europeas podían respaldar las conclusiones a las que llegaron, y favorecer o defender el enfoque del JECFA. La manera en que el Grupo Especial utilizó a estos expertos no garantiza la imparcialidad, y no se puede decir que garantice la equidad, en las consultas con los mismos. Tal resultado no es compatible con las obligaciones relativas a las debidas garantías procesales, que son inherentes al sistema de solución de diferencias de la OMC.

470. El Canadá aduce que es "inexacto describir" la participación de los Dres. Boisseau y Boobis en los paneles del JECFA como algo que "les llevaba a tener un interés (casi patrimonial) en el resultado del proceso del JECFA que se podrían haber visto obligados a defender".[965] El Canadá sostiene que el proceso del JECFA "es un proceso difuso, en el que participan diversos científicos" y que está "encaminado a llegar a un consenso sobre lo que inicialmente podrían ser diversas opiniones científicas".[966] Por consiguiente, aduce el Canadá, "el proceso es muy distinto de las conclusiones científicas a las que llega un científico en concreto como resultado de su trabajo y que se publican con

[963] Informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 770.
[964] *Ibid.*, párrafo 774.
[965] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 56.
[966] *Ibid.*

su nombre"[967], y los Dres. Boisseau y Boobis no eran más responsables de la autoría de los informes del JECFA que cualquier otro "experto que participara en una reunión del JECFA y firmara el informe resultante, [que] podría considerarse parte de la autoría colectiva de los científicos participantes".[968] En la audiencia, el Canadá señaló además que en las reuniones del JECFA los expertos examinaban monografías elaboradas de antemano que, en este caso, no contenían la aportación de los Dres. Boisseau y Boobis.

471. El Grupo Especial sostuvo también que aunque los Dres. Boisseau y Boobis podían haber contribuido a la redacción de los informes del JECFA, la naturaleza de su participación garantizaba que pudieran mantener su independencia y su imparcialidad. En respuesta a las objeciones presentadas por las Comunidades Europeas durante el reexamen intermedio, el Grupo Especial explicó lo siguiente:

> Además, el JECFA llega a sus conclusiones por consenso, por lo que las opiniones expuestas por los dos expertos se referían a la opinión adoptada por consenso por el JECFA, y no a sus propias posiciones personales en el pasado, lo que no significa, sin embargo, que la labor del JECFA fuera la propia labor de estos expertos concretos: se trata de la labor conjunta de varios expertos.[969]

472. Reconocemos que el JECFA conlleva un proceso de adopción de decisiones basado en el consenso y que el resultado del proceso no refleja necesariamente las opiniones de sus distintos miembros. Ahora bien, el hecho de que en este proceso participen varias personas y de que el resultado pueda ser el producto de una transacción no significa que el resultado conjunto del proceso pueda desconectarse de los expertos que participaron en él.[970] Por el contrario, cabía esperar que las

---

[967] *Ibid.*

[968] *Ibid.*, párrafo 52.

[969] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.62; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.57.

[970] En la reunión con el Grupo Especial y las partes, el Dr. Boobis indicó que el JECFA funcionaba desde 1997 sobre la base de la unanimidad. La descripción que hizo el Dr. Boobis de la toma de decisiones del JECFA no respalda el argumento del Canadá en el sentido de que cabe la posibilidad de que los informes del JECFA no reflejen las opiniones de los Dres. Boisseau y Boobis. El Dr. Boobis explicó lo siguiente:

> El Comité del JECFA -por lo menos desde 1997- ha sido capaz de alcanzar una posición consensuada sobre todos los asuntos que le han sido presentados. En el caso de que hubiera un desacuerdo, habría dos opciones posibles, una sería no seguir y buscar nuevas pruebas y la otra sería, como ya ha indicado la secretaría, si la mayoría tuviese una opinión y una minoría tuviese otra, emitir también una opinión denominada de la minoría o informe de la minoría, que refleja una opinión contraria sobre la interpretación de los datos. Como ya he dicho antes, esto no sucedió, hubo unanimidad. Generalmente lo que sucede es que se produce un debate, puede haber diversas interpretaciones de un conjunto de datos, los expertos se consultan durante el tiempo de la reunión y exploran las diversas posibilidades, aportando información nueva o nuevos puntos de vista hasta llegar a una posición común, y esto generalmente ha funcionado muy bien para la evaluación de los compuestos durante los últimos 10 años en que he participado en el JECFA.

(Informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 511.)

opiniones de los expertos que participaron en el proceso quedaran reflejadas, en diversos grados, en el resultado. Como se ha indicado anteriormente, la participación de los Dres. Boisseau y Boobis no fue indirecta o marginal. Más bien cabía esperar que ambos hubieran tenido una influencia especial en el proceso, dado que ejercían las funciones de Presidente y Vicepresidente, y de Relator adjunto, respectivamente. Además, independientemente del grado en que influyeran en el proceso, era previsible que ambos tendieran naturalmente a identificarse con la evaluación del JECFA, por haber participado en el consenso. En consecuencia, no consideramos que el hecho de que el JECFA llegue a sus conclusiones por consenso disipe nuestras preocupaciones en cuanto a la procedencia de que el Grupo Especial pidiera a los Dres. Boisseau y Boobis que evaluaran la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas.

473. Los Estados Unidos destacan el hecho de que el Grupo Especial mantuvo consultas con las partes cuando adoptó el Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos y durante el proceso de selección de expertos.[971] Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que las consultas con las partes en la adopción del procedimiento de trabajo para la selección de expertos y en el proceso de selección de éstos constituye una forma de asegurar que se respete el derecho de las partes al debido proceso. Sin embargo, como hemos explicado anteriormente, la obligación de proteger el derecho de las partes al debido proceso no se circunscribe a la etapa de selección de expertos y no termina con su nombramiento. La protección de las debidas garantías procesales ha de continuar a lo largo de las consultas con los expertos. Por tanto, el hecho de que el Grupo Especial pueda haber mantenido consultas con las partes en este asunto mientras preparaba el Procedimiento de trabajo para las consultas con expertos y al seleccionar a éstos no sirve de base para llegar a la conclusión de que también se respetaron las debidas garantías procesales en las etapas ulteriores del procedimiento, incluida la de las consultas con los expertos. Además, en el marco de las consultas que el Grupo Especial mantuvo con las partes, las Comunidades Europeas formularon repetidamente objeciones contra la selección de expertos vinculados al JECFA.[972]

474. El Grupo Especial opinó además que, habida cuenta de su profesión como científicos de los Dres. Boisseau y Boobis, cabía confiar en que serían objetivos al evaluar las críticas a esa labor, así como los nuevos testimonios científicos que pudieran exigir la modificación de las conclusiones de su labor anterior. Durante la etapa del reexamen intermedio, el Grupo Especial respondió a las objeciones de las Comunidades Europeas en los siguientes términos:

---

[971] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 85.

[972] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.79; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.77 (donde se hace referencia a las observaciones formuladas por las Comunidades Europeas el 16 de enero de 2006 sobre los expertos propuestos).

> [L]os científicos están dispuestos a admitir que la ciencia evoluciona constantemente y la revisión de los nuevos estudios por otros científicos del mismo nivel es prueba de que la evaluación de nuevas ideas y constataciones forma parte de la labor científica. Suponer que los científicos pueden carecer de objetividad por haber participado en la preparación y redacción de las evaluaciones del riesgo del JECFA con respecto a las hormonas de que se trata pondría en cuestión el mismo principio del examen por especialistas del mismo nivel.[973]

475. El Grupo Especial añadió lo siguiente:

> Los expertos que las Comunidades Europeas alegan que defendían su labor reconocen que el estado de los conocimientos puede evolucionar. ... Los expertos consultados por el Grupo Especial están acostumbrados a considerar y examinar con especialistas del mismo nivel estudios que van más allá de lo que ellos mismos han publicado o quizá incluso que los contradicen. Dicho de otra forma, no es probable que sientan ninguna necesidad de defender los resultados de su propia labor anterior en presencia de testimonios o técnicas nuevos convincentes que ponen en tela de juicio esa labor anterior.[974]

476. Las Comunidades Europeas aducen que el principio del examen por especialistas del mismo nivel "*peer review*" no figura en ninguno de los Acuerdos de la OMC, y que las revistas científicas "exigen que los nuevos trabajos que se presenten para su publicación no se den a revisar a las mismas personas cuyas teorías se rebaten en los artículos presentados".[975] La cuestión clave, sostienen las Comunidades Europeas, es "si un experto que ha sido autor de un informe dado es imparcial e independiente para actuar como 'especialista del mismo nivel' al 'revisar' informes que critican explícitamente el informe del que el 'especialista del mismo nivel' es coautor".[976]

477. Reconocemos que a menudo se pedirá a los científicos que revisen estudios realizados por otros científicos y que la comunidad científica debe revaluar constantemente las teorías a la luz de los progresos científicos. No obstante, como hemos señalado más arriba, el Grupo Especial no se limitó a preguntar a los Dres. Boisseau y Boobis acerca de la labor y las evaluaciones del riesgo del JECFA. Durante las consultas con los expertos, el Grupo Especial pidió a los Dres. Boisseau y Boobis que evaluaran la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas, y éstos lo hicieron tomando como punto de referencia las evaluaciones del JECFA. Es esto lo que resulta problemático en este asunto, porque en la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas se ponía en tela de juicio la validez de las evaluaciones del JECFA y se afirmaba explícitamente que no se seguirían. Habida cuenta de lo anterior, no era procedente que el Grupo Especial consultara a los

---

[973] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.22; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.21.

[974] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 6.62 y 6.63; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 6.57 y 6.58.

[975] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 199.

[976] *Ibid.*

Dres. Boisseau y Boobis, que habían participado directamente en las evaluaciones del JECFA. Las preocupaciones planteadas en esta situación no se ven atendidas por el hecho de que los científicos lleven a cabo con regularidad "exámenes por especialistas del mismo nivel" o puedan reconocer que la ciencia evoluciona. Tampoco da respuesta a esas preocupaciones la explicación dada por el Grupo Especial de que la labor del JECFA está vinculada al Codex, órgano que el *Acuerdo MSF* reconoce expresamente como responsable de la elaboración de "normas, directrices y recomendaciones internacionales".[977]

478. El Grupo Especial también hizo referencia a la presunción de compatibilidad aplicable a las medidas sanitarias y fitosanitarias basadas en normas internacionales en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* como justificación adicional por haber nombrado a los Dres. Boisseau y Boobis, dada su participación en las evaluaciones del riesgo en que se basan las normas internacionales en litigio en este caso. No obstante, no advertimos por qué estaría justificado el nombramiento de estos expertos en un caso como éste, en el que el Miembro de la OMC adopta un nivel de protección más elevado que el reflejado en las normas internacionales, al amparo del párrafo 3 del artículo 3. La opinión del Grupo Especial de que es acorde con la función del JECFA en la elaboración de normas internacionales "que el Grupo Especial se base en expertos que han contribuido a la preparación y redacción de las evaluaciones del riesgo del JECFA para las sustancias en cuestión"[978] más bien confirma nuestra impresión de que el Grupo Especial recurrió indebidamente a los Dres. Boisseau y Boobis para evaluar la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas comparándola con las evaluaciones realizadas por el JECFA.[979]

479. En consecuencia, consideramos que fue improcedente que el Grupo Especial consultara a los Dres. Boisseau y Boobis. Reiteramos que nuestras preocupaciones no tienen que ver con las calificaciones de los Dres. Boisseau y Boobis, que son expertos muy reconocidos, ni con el hecho de que, en su calidad de expertos, se esperaría que tuviesen opiniones sobre cuestiones comprendidas en su esfera de competencia. Nuestras preocupaciones derivan más bien de su participación directa en las evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA respecto de las hormonas en cuestión en esta diferencia, y de la función particular que desempeñaban en este caso las evaluaciones del riesgo del JECFA y las normas del Codex adoptadas sobre la base de esas evaluaciones del riesgo. Como hemos señalado anteriormente[980], en los argumentos que presentaron al Grupo Especial las Comunidades Europeas alegaron que había limitaciones en la evaluación del estradiol-17β realizada

[977] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.22; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.21.
[978] *Ibid.*
[979] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.63; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.58.
[980] Véase *supra*, párrafo 458.

por el JECFA y que las pruebas en las que se había basado el JECFA en la evaluación de las otras cinco hormonas eran obsoletas. Por su parte, el Grupo Especial consideró que la existencia de una norma internacional establecía una presunción de que los testimonios científicos no eran "insuficientes" para llevar a cabo una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[981]

480. Comprendemos que los grupos especiales tienen a menudo dificultades prácticas para seleccionar expertos que posean el nivel de conocimientos técnicos necesarios y a cuya selección no se opongan las partes.[982] No queremos hacer el proceso de selección de expertos más difícil de lo que ya es. Sin embargo, los expertos consultados por un grupo especial pueden desempeñar una función decisiva en un asunto, en particular cuando conlleva cuestiones científicas sumamente complejas, como éste. El Grupo Especial que se ocupó de este asunto dijo que "los expertos tenían la función de actuar como una 'interfaz' entre los testimonios científicos y el Grupo Especial, para que éste pudiera desempeñar su tarea como instancia encargada de apreciar los hechos".[983] Los expertos nombrados por un grupo especial pueden influir de forma significativa en el proceso de adopción de decisiones. Si un grupo especial no se asegura de que se respeten los requisitos de independencia e imparcialidad en sus consultas con los expertos, se puede poner en peligro la equidad del procedimiento y la imparcialidad de la toma de decisiones. En estas circunstancias, las dificultades prácticas con las que puede tropezar un grupo especial al seleccionar expertos no pueden desplazar la necesidad de asegurar que las consultas con los expertos respeten los derechos de las partes al debido proceso.

481. Por estos motivos, consideramos que había una base objetiva para llegar a la conclusión de que la vinculación institucional de los Dres. Boisseau y Boobis al JECFA, y su participación en las evaluaciones de las seis hormonas en cuestión realizadas por el JECFA, probablemente afectarían a su independencia o imparcialidad o darían lugar a dudas razonables al respecto, dado que las evaluaciones llevadas a cabo por el JECFA constituyen un elemento central de la controversia entre las partes. El nombramiento de los Dres. Boisseau y Boobis y las consultas que se mantuvieron con ellos comprometieron la independencia e imparcialidad resolutorias del Grupo Especial. En

---

[981] Véase *supra*, párrafo 940.

[982] El Grupo Especial describió algunas de las dificultades surgidas en este asunto:

> El Grupo Especial desea destacar los problemas con que tropezó para la selección de los expertos. Había un número limitado de especialistas sugeridos y realmente disponibles en cada una de las áreas en que el Grupo Especial necesitaba asistencia y en casi todos los casos una o más partes se opusieron a esos especialistas. Por ejemplo, se consideró que sólo seis de los expertos identificados y disponibles tenían conocimientos amplios en el análisis del riesgo. Todos esos expertos fueron objeto de objeciones por lo menos por una parte.

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 382 al párrafo 7.87; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 374 al párrafo 7.85.)

[983] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.72; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.67.

consecuencia, constatamos que el Grupo Especial no respetó los derechos de las Comunidades Europeas al debido proceso porque consultó a los Dres. Boisseau y Boobis en calidad de expertos científicos.

482. Habida cuenta de que el nombramiento de los Dres. Boisseau y Boobis y las consultas mantenidas con ellos comprometieron la capacidad del Grupo Especial para actuar como entidad decisoria independiente, no se puede decir que el Grupo Especial haya hecho "una evaluación objetiva del asunto", como exige el artículo 11 del ESD. Recordamos que en el asunto *Estados Unidos - Juegos de azar*, el Órgano de Apelación sostuvo que "como parte de las obligaciones que les impone el artículo 11 del ESD de 'hacer una evaluación objetiva del asunto' que se les haya sometido, los grupos especiales deben asegurar que se respeten las debidas garantías procesales de las partes en una diferencia".[984] Por consiguiente, constatamos que, al haber nombrado y consultado a los Dres. Boisseau y Boobis en las circunstancias de este asunto, el Grupo Especial incumplió las obligaciones que le correspondían en virtud del artículo 11 del ESD.

483. Las Comunidades Europeas aducen que si constatáramos que el Grupo Especial incurrió en error al basarse en el asesoramiento de los Dres. Boisseau y Boobis, tendríamos que revocar todas las constataciones del Grupo Especial en relación con el *Acuerdo MSF*.[985] En la audiencia, los Estados Unidos y el Canadá indicaron que no estaban de acuerdo en que esto sería una consecuencia necesaria de la formulación de la constatación que nos han solicitado las Comunidades Europeas.

484. Cuando se ha comprometido la capacidad de un grupo especial para actuar como entidad decisoria independiente, como hemos constatado en este asunto, se plantean serios problemas con respecto a la posibilidad de mantener las constataciones de ese grupo especial. Recordamos, además, que los Dres. Boisseau y Boobis dieron respuesta a la mayoría de las preguntas formuladas por el Grupo Especial y que éste se basó ampliamente en sus respuestas al determinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[986] Por tanto, las constataciones del Grupo Especial sobre los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* serían difíciles de mantener si se excluyera el testimonio de los Dres. Boisseau y Boobis, suponiendo que fuera posible separar su testimonio de los demás elementos del análisis del Grupo Especial. Aunque nuestra constatación sobre esta cuestión podría, por sí misma, dar lugar a la anulación de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco de los párrafos 1 y 7 del artículo 5, del *Acuerdo MSF* procederemos no obstante a examinar las demás alegaciones de error formuladas por las Comunidades Europeas con respecto a la evaluación que hizo el Grupo Especial de la

[984] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Juegos de azar*, párrafo 273.
[985] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 181, 182 y 212.
[986] Véase *supra*, nota 950.

compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con dicho Acuerdo. Nuestro examen de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en relación con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* pondrá aún más de manifiesto la significación del testimonio de los Dres. Boisseau y Boobis para el análisis del Grupo Especial.

VI. La compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la prohibición de las importaciones de carne de bovinos tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento impuesta por las Comunidades Europeas

A. *Introducción*

485. Examinaremos a continuación la apelación de las Comunidades Europeas contra la constatación del Grupo Especial de que la prohibición permanente de la carne y los productos cárnicos de bovinos tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento establecida en la Directiva 2003/74/CE no cumple las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En la sección B se proporciona un resumen de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas en relación con el estradiol-17β, que, según afirman, pusieron a las Comunidades Europeas en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia *CE - Hormonas*. A continuación, en la sección C, hacemos un resumen de las constataciones del Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y en la sección D se resumen las alegaciones y los argumentos planteados en apelación. Seguidamente, en la sección E, analizamos las cuestiones específicas planteadas en la apelación de las Comunidades Europeas contra la evaluación de la Directiva 2003/74/CE realizada por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Por último, en la sección F, exponemos nuestras conclusiones.

486. Recordamos que el Grupo Especial constató que la alegación formulada por las Comunidades Europeas al amparo del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, se basaba en la "*conformidad* (presunta o real) con el *Acuerdo MSF*"[987] de la Directiva 2003/74/CE. Ello se debe, en opinión del Grupo Especial, a que la frase "hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible" contenida en el párrafo 8 del artículo 22 implica que lo que debe lograrse no es la supresión de la medida sino el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD.[988] Por ello, el Grupo Especial consideró que tenía

[987] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.272; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.288. (las cursivas figuran en el original)

[988] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.284; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.300.

que examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

B. *La evaluación por las Comunidades Europeas del riesgo de la carne de bovinos tratados con estradiol-17β*

487. Recordamos que, en la diferencia *CE - Hormonas*, se constató que la prohibición de las Comunidades Europeas de la importación de carne y productos cárnicos de bovinos tratados con seis hormonas -el estradiol-17β, la testosterona, la progesterona, el acetato de trembolona, el zeranol y el MGA- era incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Órgano de Apelación constató que los estudios científicos presentados por las Comunidades Europeas en esa diferencia no eran "lo suficientemente específicos con respecto al asunto de que se trata"[989], porque eran "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".[990] El Órgano de Apelación concluyó por esa razon que "no se facilitó al Grupo Especial ninguna evaluación del riesgo que apoy[ara] o justifi[cara] razonablemente la prohibición de las importaciones contenida en las Directivas de las [Comunidades Europeas]"[991], y en consecuencia constató que la prohibición de las importaciones de las Comunidades Europeas, impuesta de conformidad con la Directiva 96/22/CE, no se "basó en" una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5.

488. Tras la adopción por el OSD de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Hormonas*, la Comisión Europea inició y financió 17 estudios científicos para evaluar la capacidad de causar efectos adversos para la salud de las personas de los residuos contenidos en la carne y los productos cárnicos de ganado bovino atribuibles al uso de estradiol-17β, progesterona, testosterona, zeranol, acetato de trembolona y MGA en el ganado con fines de estimulación del crecimiento. Los resultados de esos estudios, así como otra información a disposición del público y los datos compilados de organizaciones internacionales como el Codex y el JECFA fueron examinados por el SCVPH.[992]

489. El 30 de abril de 1999, el SCVPH publicó un Dictamen titulado "Evaluación de los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de hormonas contenidos en la carne de bovino y los

---

[989] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200.
[990] *Ibid.*
[991] *Ibid.*, párrafo 208.
[992] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 2.3; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 2.3.

productos cárnicos"[993] (el "Dictamen de 1999"). El Dictamen de 1999 constató que "el consumo de carne de bovino no gestante tratado con hormonas puede dar lugar a una exposición excesiva a los estrógenos"[994] y que "las cuestiones toxicológicas motivo de preocupación" derivadas de esa exposición excesiva son "los efectos endocrinos, de desarrollo, inmunológicos, neurobiológicos, inmunotóxicos, genotóxicos y carcinogénicos".[995] El Dictamen de 1999 llegó a las siguientes conclusiones en relación con los posibles riesgos para la salud humana de los residuos de estradiol-17β contenidos en la carne de bovino:

- En resumen, el estradiol-17β tiene potencial genotóxico.[996] Hay cada vez más pruebas que sugieren que los estrógenos, probablemente a través del metabolismo oxidativo a los catecoles y a las semiquinonas y quinonas, son reactivos al ADN y mutagénicos.[997]

- ... en consideración a los datos recientes sobre la formación de metabolitos genotóxicos de estradiol, que sugieren que el estradiol-17β actúa como un carcinógeno completo ejerciendo efectos de iniciación y estimulación tumorales, hay que concluir que no se podía presentar una estimación cuantitativa del riesgo relacionado con los residuos en la carne.[998]

- Estas observaciones sugieren claramente que el estradiol-17β presente en el medio ambiente puede, incluso cuando es administrado a dosis muy bajas, modular el crecimiento de los niños de ambos sexos y adelantar la edad en la que se logra la altura final y comienza la pubertad.[999]

- ... se sugiere que [el estradiol-17β] presente en el medio ambiente podría ejercer efectos perjudiciales en la fertilidad de hombres y mujeres, actuando a través de diversos mecanismos, directos e indirectos.[1000]

---

[993] Véase *supra*, nota 20.
[994] Dictamen de 1999, página 36.
[995] *Ibid.*, página 39.
[996] Véase *supra*, nota 156.
[997] Dictamen de 1999, página 41. La mutagenicidad es la capacidad de un agente físico, químico o biológico de inducir cambios heredables (mutaciones) en el material genético de una célula como consecuencia de las alteraciones o pérdidas de genes o cromosomas (o partes de ellos). Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 673 al párrafo 7.549; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 623 al párrafo 7.517 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos a la pregunta 2 formulada por el Grupo Especial a los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 34 y 55).
[998] Dictamen de 1999, página 43.
[999] *Ibid.*
[1000] *Ibid.*, página 44.

- ... en dosis relativamente elevadas, el estradiol tiene varios efectos adversos en el sistema inmunitario de los seres humanos, por ejemplo la alergia al estradiol tópico (Boehnke y Gall, 1996). Las anteriores conclusiones, si bien reflejan un posible motivo de preocupación, no bastan para determinar si la ingesta de carne o productos cárnicos que contengan residuos de estradiol[-17β] podría tener efectos en el sistema inmunitario de los consumidores.[1001]

490. El Dictamen de 1999 también llegó a las siguientes conclusiones en cuanto a los riesgos pertinentes para la salud humana que presentan las seis hormonas y, en particular, el estradiol-17β:

- En lo que respecta a la ingesta excesiva de residuos de hormonas y sus metabolitos, y teniendo en cuenta las propiedades intrínsecas de las hormonas y las constataciones epidemiológicas, se ha identificado un riesgo para el consumidor con diferentes niveles de pruebas concluyentes respecto de las [seis] hormonas en cuestión.

- En el caso del estradiol-17β, recientemente se había conseguido un conjunto de pruebas de peso que apuntaban a que esa sustancia actúa como un carcinógeno completo al ejercer efectos de iniciación y promoción de tumores. Sin embargo, los datos disponibles no permitían hacer una estimación cuantitativa del riesgo.

  ...

- En el caso de las seis hormonas, podían preverse efectos endocrinos, de desarrollo, inmunológicos, neurobiológicos, inmunotóxicos, genotóxicos y cancerígenos. De los varios grupos susceptibles, los niños prepúberes eran los que causaban mayor preocupación. Una vez más, los datos disponibles no permitían una estimación cuantitativa del riesgo.

- En vista de las propiedades intrínsecas de las hormonas y teniendo en cuenta las constataciones epidemiológicas, no fue posible determinar umbrales de inocuidad para ninguna de las seis sustancias.[1002]

491. Con posterioridad a la adopción del Dictamen de 1999 se facilitó a la Comisión Europea información científica adicional en forma de un informe del Comité de Medicamentos Veterinarios ("CVMP") de la Unión Europea (un subcomité de la Agencia Europea de Medicamentos (EMEA)), y

[1001] *Ibid.*, página 45.
[1002] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.391; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.388 (donde se cita el Dictamen de 1999, página 73).

un informe del subgrupo del Comité de productos veterinarios del Reino Unido sobre el Dictamen de 1999. A petición de la Comisión Europea, el SCVPH examinó esta información científica y el 3 de mayo de 2000 hizo pública una revisión de su Dictamen de 1999 en la que se abstenía de modificar las conclusiones en él contenidas[1003] (el "Dictamen de 2000"). El SCVPH observó que "especialmente con respecto al objeto de los efectos estrogénicos durante [diversas etapas de] desarrollo, no hay pruebas fehacientes que sugieran que estos efectos no ocurren también en dosis bajas".[1004] El Dictamen de 2000 concluyó que la información científica reciente "no proporcionaba datos y argumentos convincentes que hicieran necesario revisar las conclusiones que se extraían en el [Dictamen de 1999] sobre los riesgos potenciales para la salud humana de los residuos de hormonas en la carne de bovino y los productos cárnicos".[1005]

492. El 10 de abril de 2002, el SCVPH[1006] dio a conocer una segunda revisión del Dictamen de 1999 (el "Dictamen de 2002") sobre la base de datos científicos más recientes obtenidos desde la revisión anterior. Los datos científicos que examinó el SCVPH incluían los resultados definitivos de los 17 estudios que había encargado la Comisión Europea, así como datos científicos de las organizaciones internacionales pertinentes y otras fuentes. El SCVPH consideró que los datos obtenidos de los 17 estudios científicos y de las publicaciones científicas recientes confirmaban la validez del Dictamen de 1999, revisado en 2000, y que no se justificaban modificaciones de esos Dictámenes.[1007] El Dictamen de 2002 también extrajo las siguientes conclusiones acerca de los posibles riesgos para la salud planteados por los residuos de estradiol-17β en la carne:

- Han pasado a estar disponibles métodos ultrasensibles para detectar residuos de hormonas en tejidos animales, pero esos métodos necesitan validación adicional.

- Los estudios del metabolismo del estradiol-17β en las especies bovinas indicaban la formación de ésteres lipoidales, especialmente en la grasa corporal. Estos ésteres lipoidales mostraban una alta biodisponibilidad[1008] oral en experimentos con roedores.

[1003] Véase *supra*, nota 21.

[1004] Dictamen de 2000, página 2.

[1005] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.392; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.389 (donde se cita el Dictamen de 2000, página 4).

[1006] Véase *supra*, nota 22.

[1007] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.394; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.391 (donde se hace referencia al Dictamen de 2002, páginas 21 y 22).

[1008] La biodisponibilidad se refiere a la capacidad de una sustancia de entrar en el torrente sanguíneo y distribuirse en el cuerpo del animal o el ser humano, o la fracción de una dosis de una sustancia disponible para la circulación sistémica. Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 508 al párrafo 7.393; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*,

> Así pues, la consecuencia de su consumo debe considerarse en una evaluación del riesgo.
>
> - Los experimentos con novillos, uno de los principales grupos de animales en que se usan las hormonas, indicaban un aumento dependiente de la dosis en los niveles de residuos de todas las hormonas, en particular en los sitios de implantación. Los implantes mal colocados y los implantes repetidos, que parecían ocurrir con frecuencia, planteaban un riesgo considerable de que pudiera entrar en la cadena alimentaria carne altamente contaminada. ...
>
> - Se habían publicado datos científicos convincentes que confirmaban el potencial mutagénico y genotóxico del estradiol-17β como consecuencia de la activación metabólica a quinonas. Los experimentos *in vitro*[1009] indicaban que los compuestos estrogénicos podrían alterar la expresión de una gama de genes. Teniendo en cuenta que los estrógenos endógenos también ejercen esos efectos, los datos ponían de relieve los diversos efectos biológicos de esta clase de hormonas.
>
> ...
>
> - Los estudios epidemiológicos con mellizos de distinto sexo sugerían que la exposición *in utero* de la melliza a las hormonas da por resultado un aumento del peso al nacer y en consecuencia un aumento del riesgo de cáncer de mama en la adultez.[1010]

493. En vista de las conclusiones de los Dictámenes de 1999, 2000 y 2002, el 22 de septiembre de 2003 las Comunidades Europeas adoptaron la Directiva 2003/74/CE[1011], que modificaba la Directiva 96/22/CE. La Directiva 2003/74/CE prevé la prohibición *permanente* de la importación de carne y productos cárnicos de animales tratados con estradiol-17β para estimular el crecimiento, sobre la base de la evaluación del SCVPH de que "recientemente se ha[n] conseguido ... pruebas ... que apuntan a que [el estradiol-17β] debe considerarse carcinógeno completo, ya que provoca tumores y favorece su desarrollo, y que los datos actualmente disponibles no permiten hacer una estimación cuantitativa del riesgo".[1012] La Directiva 2003/74/CE también establece una prohibición *provisional*

---

nota 499 al párrafo 7.390 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos a la pregunta 43 del Grupo Especial a los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 344-357).

[1009] Véase *supra*, nota 365.

[1010] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.393; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.390.

[1011] Véase *supra*, nota 5.

[1012] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.395; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.392 (donde se hace referencia a la Directiva 2003/74/CE).

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.

494. Ante el Grupo Especial, las Comunidades Europeas adujeron que los Dictámenes de 1999, 2000 y 2002, apoyados por los 17 estudios realizados entre 1998 y 2001, constituyen la evaluación del riesgo en la que se basa la Directiva 2003/74/CE.[1013]

C. *Las constataciones del Grupo Especial*

495. Como se ha indicado anteriormente en la sección IV del presente informe, las Comunidades Europeas han impugnado en este procedimiento el mantenimiento de la suspensión de concesiones por los Estados Unidos y el Canadá, tras la notificación de la Directiva 2003/74/CE. Las Comunidades Europeas adujeron, entre otras cosas, que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD permite la aplicación de la suspensión de concesiones y otras obligaciones hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un Acuerdo abarcado, y que, según sostienen, esa condición se cumplió con la adopción y notificación de la Directiva 2003/74/CE.[1014] Según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos y el Canadá actuaron de manera incompatible con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, al no recurrir a las normas y procedimientos del ESD ni acatarlos tras la adopción y notificación al OSD de la Directiva 2003/74/CE.

496. El Grupo Especial observó que la alegación de las Comunidades Europeas fundada en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD se basaba en la afirmación de las Comunidades Europeas de que la Directiva 2003/74/CE ha puesto su prohibición de las importaciones de carne y productos cárnicos de bovinos tratados con hormonas para estimular el crecimiento en conformidad con el *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial consideró por ello que tenía competencia para "ocuparse de la compatibilidad" de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF* en tanto en cuanto sea necesario para determinar si la "'medida ... declarada incompatible' en el asunto *CE - Hormonas* ha sido suprimida".[1015]

497. En cuanto a la asignación de la carga de la prueba, el Grupo Especial observó, primero, que incumbía a las Comunidades Europeas en su calidad de reclamante acreditar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. El Grupo Especial constató que las Comunidades Europeas habían satisfecho esta carga debido a la presunción de cumplimiento

[1013] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.389; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386.
[1014] Examinamos el significado de "supresión" *supra*, sección IV.D.
[1015] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.375; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.372.

de buena fe que anteriormente el Grupo Especial había constatado que se aplicaba en relación con la medida de aplicación de las Comunidades Europeas.[1016] Como resultado, la carga pasó a los demandados. El Grupo Especial constató que los Estados Unidos y el Canadá habían refutado suficientemente, "en su[s] [p]rimera[s] comunicaci[ones] escrita[s] mediante pruebas positivas de infracción del *Acuerdo MSF*"[1017] la alegación de las Comunidades Europeas de que su medida de aplicación cumplía el *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial agregó que, "[e]n sus comunicaciones posteriores al Grupo Especial, las Comunidades Europeas respondieron a las alegaciones de infracción presentadas por [los Estados Unidos y el Canadá]".[1018] El Grupo Especial añadió que "[s]i bien las presunciones basadas en la buena fe de que disfruta cada parte pueden haber desempeñado un papel en la carga de la prueba en las primeras etapas de las actuaciones del Grupo Especial, éste opina que en última instancia ambas se 'neutralizaron' dado que cada parte presentó también pruebas en apoyo de sus alegaciones".[1019] El Grupo Especial concluyó que en última instancia "cada una de las partes debió demostrar sus alegaciones específicas en respuesta a las pruebas presentadas por la otra parte", y que había "valora[do] todas las pruebas que tenía ante sí"[1020] al alcanzar sus constataciones.

498. El Grupo Especial explicó a continuación que necesitaba examinar la Directiva 2003/74/CE en relación con: a) las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas* y b) las disposiciones que las Comunidades Europeas alegan que cumplen como parte de su alegación de infracción por los Estados Unidos y el Canadá del párrafo 8 del artículo 22.[1021] El Grupo Especial reconoció que sería difícil para el reclamante en un asunto como éste identificar todos los posibles problemas de incompatibilidad. Al mismo tiempo, el Grupo Especial reconoció que, en este caso, en que una constatación de infracción está condicionada por la conformidad de una medida del reclamante con los Acuerdos de la OMC, podrían surgir dificultades si el alcance del examen de esa medida es definido solamente por el reclamante. El reclamante podría en efecto limitar el alcance del examen del grupo especial a las disposiciones con las que cree que es más probable que su medida sea declarada compatible.[1022] En estas circunstancias, el Grupo Especial creyó preferible desde un punto de vista jurídico y práctico considerar *todas* las alegaciones y argumentos planteados por cada una de

[1016] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.385; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.382.
[1017] *Ibid.*
[1018] *Ibid.*
[1019] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.383.
[1020] *Ibid.*
[1021] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.402; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.399.
[1022] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.403; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.400.

las partes, siempre que la otra tuviera oportunidad de hacer observaciones sobre esas alegaciones y argumentos. En consecuencia, el Grupo Especial trató de "circunscribir" el alcance de su examen en el marco del *Acuerdo MSF*[1023], sobre la base de las alegaciones y argumentos planteados por cada una de las partes, y determinó que examinaría, en tanto en cuanto fuera necesario para evaluar la alegación de las Comunidades Europeas con arreglo al párrafo 8 del 22, la "compatibilidad"[1024] de la Directiva 2003/74/CE con los párrafos 1, 2[1025] y 7 del artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.

499. El Grupo Especial a continuación expuso brevemente la norma que aplicaría al examinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con esas disposiciones. Señaló que la norma de examen aplicable a las cuestiones de derecho y de hecho con respecto a las medidas examinadas en relación con el *Acuerdo MSF* figura en el artículo 11 del ESD y explicó que, en lo que respecta a la evaluación de los hechos, esta norma se ha interpretado en el sentido de que no requiere "un examen *de novo* propiamente dicho, ni la 'deferencia total', sino más bien 'una evaluación objetiva de los hechos'".[1026] Según el Grupo Especial, esto corresponde a un deber de "examinar las pruebas que se nos han presentado y hacer constataciones de hecho sobre la base de esas pruebas".[1027] No obstante, el Grupo Especial se reservó la facultad discrecional de "decidir qué pruebas utiliz[ó] para hacer las constataciones"[1028] y determinar "cuáles son las declaraciones [de los expertos] a las que [era] útil referirse explícitamente, siempre que no dej[ara] de lado deliberadamente o distorsionemos pruebas".[1029]

500. El Grupo Especial recordó que había consultado a seis expertos científicos por separado, a fin de "obtener así un panorama más completo de las opiniones científicas principales y las opiniones discrepantes".[1030] Explicó que, aunque generalmente seguía la opinión de una mayoría de los expertos

---

[1023] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.398; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.395.

[1024] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.411; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.402.

[1025] Sólo los Estados Unidos adujeron que la Directiva 2003/74/CE era incompatible con el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En consecuencia, el informe del Grupo Especial en la diferencia *Canadá - Mantenimiento de la suspensión* no aborda la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con esta disposición.

[1026] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.414; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.405 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 117).

[1027] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.416; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.407.

[1028] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 135).

[1029] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 138).

[1030] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.418; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.409. El Grupo Especial señaló que, en algunas circunstancias, sólo uno o dos expertos han expresado sus opiniones sobre una cuestión. Esas opiniones fueron algunas veces similares o se complementaron entre sí. (Informe del Grupo Especial,

que habían expresado opiniones concurrentes sobre las cuestiones científicas que tenía ante sí, en ocasiones las discrepancias de opinión hacían que este enfoque fuese inviable. En estas circunstancias, el Grupo Especial aceptó la posición o posiciones que le parecían más específicas en relación con la cuestión de que se trataba o tenían más apoyo en los argumentos y las pruebas. Se explicó también a los expertos cuál era su función, que consistía, entre otras cosas, en presentar a los miembros del Grupo Especial cuestiones científicas de manera que pudieran comprenderlas, y la función del Grupo Especial en el sistema de solución de diferencias de la OMC, que incluye la de decidir sobre los hechos. Al evaluar el asesoramiento científico recibido de los expertos, el Grupo Especial dijo que había tomado en cuenta plenamente las observaciones de las partes, cuando resultó apropiado. El Grupo Especial también recordó el enfoque adoptado por el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Manzanas*, que le obligaba a ocuparse de la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con respecto a cada una de las seis hormonas abarcadas por la medida. No obstante, en situaciones en que los datos eran similares para todas las hormonas, o en que no se proporcionó información respecto de cada hormona, el Grupo Especial se ocupó de las hormonas colectivamente.[1031]

501. El Grupo Especial constató a continuación que la Directiva 2003/74/CE es una medida sanitaria y fitosanitaria en el sentido del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, y en particular del apartado b).[1032] Trató de determinar a continuación si la prohibición permanente de la carne y los productos cárnicos tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento establecida en esa Directiva se basaba en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del

---

Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión, párrafo 7.420; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.411.) En otras circunstancias, hubo un mayor número de expertos que expresaron opiniones y, a veces, opiniones discrepantes.

[1031] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.420-7.422; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.411-7.413.

[1032] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.434; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.425. El párrafo 1) b) del Anexo A del *Acuerdo MSF* dice lo siguiente:

> 1. *Medida sanitaria o fitosanitaria* - Toda medida aplicada:
>
> ...
>
> b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos;[.]
>
> ...
>
> Las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes; y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos.

Ninguna de las partes ha aducido que la Directiva 2003/74/CE no es una MSF.

Acuerdo MSF. Las Comunidades Europeas adujeron que los tres Dictámenes emitidos por el SCVPH, apoyados por los 17 estudios realizados entre 1998 y 2001, constituían una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5, y que la prohibición permanente aplicada a la carne y los productos cárnicos procedentes de bovinos tratados con estradiol-17β se "basaba en" esa evaluación del riesgo.

502. Al comenzar su análisis, el Grupo Especial señaló que para determinar si los Dictámenes del SCVPH constituían una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* tendría que examinar: 1) si en los Dictámenes se habían tenido en cuenta las técnicas de evaluación del riesgo de las organizaciones internacionales competentes; 2) si en los Dictámenes se habían tenido en cuenta los factores enumerados en el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*[1033]; 3) si los Dictámenes se ajustaban a la definición de "evaluación del riesgo" contenida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*; y 4) si las conclusiones de los Dictámenes estaban respaldadas por los testimonios científicos evaluados.[1034]

503. Apoyándose en el razonamiento del Grupo Especial en el asunto *Japón - Manzanas*, el Grupo Especial constató que el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* no exige que se apliquen las técnicas de evaluación del riesgo elaboradas por las organizaciones internacionales, en la medida en que prescribe que tales técnicas sean "tenidas en cuenta" por el evaluador del riesgo. El Grupo Especial observó que aunque los Dictámenes del SCVPH no seguían estrictamente las directrices del Codex y del JECFA sobre la evaluación del riesgo, las Comunidades Europeas "tenían conocimiento" de esas directrices y las "tuvieron en cuenta" en la preparación de los Dictámenes del SCVPH y que, por consiguiente, las habían tenido en cuenta en el sentido del párrafo 1 del artículo 5.[1035]

504. El Grupo Especial que se ocupó del asunto en que participaban los Estados Unidos también examinó si en los Dictámenes del SCVPH se habían tenido en cuenta los factores enumerados en el párrafo 2 del artículo 5.[1036] Observó que los Estados Unidos alegaron que las Comunidades Europeas no habían tenido en cuenta dos de los elementos específicos enumerados en el párrafo 2 del artículo 5, a saber: i) la información científica existente; y ii) los métodos pertinentes de inspección, muestreo y

---

[1033] El Canadá no alegó que la Directiva 2003/74/CE era incompatible con el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, por lo que este elemento sólo se examinó en el asunto relativo a los Estados Unidos. (Véase *supra*, nota 1025.)

[1034] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.445; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.434.

[1035] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.469; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.459.

[1036] Esta sección no aparece en el informe del Grupo Especial en el asunto planteado contra el Canadá porque este país no invocó el párrafo 2 del artículo 5. (Véase *supra*, nota 1025.)

prueba.[1037] En relación con el primer elemento, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que en los Dictámenes del SCVPH se habían abordado específicamente los testimonios disponibles con respecto a la biodisponibilidad, la susceptibilidad de poblaciones sensibles, y los aductos de ADN y las lesiones en éste, y se habían considerado los estudios altamente científicos que según alegaron los Estados Unidos no se tuvieron en cuenta.[1038] En cuanto al segundo elemento, el Grupo Especial constató que las Comunidades Europeas habían preparado un "Documento de trabajo"[1039] en el que estaban registradas las visitas a organismos de reglamentación de los Estados Unidos, las inspecciones *in situ*, y datos relativos a las fallas en el régimen de inspección de los Estados Unidos. El Grupo Especial observó asimismo que una amplia sección del Dictamen de 1999 estaba dedicada al análisis de los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba. Por estas razones, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que las Comunidades Europeas habían tenido en cuenta tanto la información científica existente como los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba en la preparación de los Dictámenes del SCVPH, conforme a lo prescrito en el párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1040]

505. A continuación, el Grupo Especial examinó si los Dictámenes del SCVPH se ajustaban a la definición de "evaluación del riesgo" que figura en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.[1041] Recordó la jurisprudencia del Órgano de Apelación en los asuntos *CE - Hormonas* y *Australia - Salmón* y afirmó que la definición de evaluación del riesgo contenida en el párrafo 4 del Anexo A exige que los Miembros de la OMC: a) identifiquen los aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos; b) identifiquen los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales; y c) evalúen los posibles efectos perjudiciales resultantes de la presencia de los aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos identificados en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos.[1042]

506. El Grupo Especial constató que los Dictámenes del SCVPH satisfacían la primera y la segunda prescripción de la definición de evaluación del riesgo porque identificaban suficientemente tanto el contaminante (estradiol-17β) como el producto alimenticio (carne y productos cárnicos) en cuestión, así como los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales (efectos neurobiológicos, en el desarrollo, reproductivos e inmunológicos; e inmunotoxicidad,

[1037] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.479.
[1038] *Ibid.*, párrafo 7.482.
[1039] *Ibid.*, párrafo 7.483.
[1040] *Ibid.*, párrafos 7.483 y 7.484.
[1041] Véase *infra*, párrafo 525.
[1042] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.507; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.479.

genotoxicidad y carcinogenicidad).[1043] Sin embrago, constató que las Comunidades Europeas no habían encarado de manera específica la tercera prescripción, es decir, la posibilidad de que los efectos perjudiciales identificados "se produjera[n] u originara[n] por, o resultara[n] de"[1044] la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne o los productos cárnicos como consecuencia de la administración de esta hormona al ganado bovino con fines de estimulación del crecimiento. El Grupo Especial basó su decisión en las razones siguientes.

507. En primer lugar, el Grupo Especial rechazó el argumento de las Comunidades Europeas de que la definición de "evaluación del riesgo" del artículo 5 y el Anexo A del *Acuerdo MSF* incluye también un componente de "gestión de riesgos", en el que el Miembro de la OMC "considera las normativas posibles en vista del resultado de la evaluación del riesgo y, de ser necesario, selecciona y pone en marcha opciones adecuadas de control, incluidas medidas reguladoras".[1045] El Grupo Especial tomó nota de la constatación del Órgano de Apelación de que una evaluación del riesgo puede tener en cuenta "cuestiones no susceptibles de un análisis cuantitativo por los métodos de laboratorio empíricos o experimentales comúnmente vinculados a las ciencias físicas".[1046] Tras comentar la decisión del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Hormonas*, el Grupo Especial sostuvo que el *Acuerdo MSF* no ofrecía ninguna base textual para apoyar la inclusión de un componente de "gestión de riesgos" en la definición de evaluación del riesgo.[1047]

508. En segundo lugar, el Grupo Especial "preguntó a los expertos si los Dictámenes del SCVPH identificaban los posibles efectos perjudiciales para la salud humana, entre ellos el potencial cancerígeno y genotóxico, de los residuos de estradiol-17β encontrados en la carne del vacuno al que se había administrado hormonas a fin de estimular el crecimiento, de conformidad con las buenas prácticas veterinarias, y hasta qué punto los dictámenes permitían evaluar la posible aparición de esos efectos perjudiciales".[1048] El Grupo Especial observó a este respecto que cuatro de los expertos

---

[1043] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.508; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.480.

[1044] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.513; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.485.

[1045] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.517; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.489. (no se reproduce la nota de pie de página)

[1046] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.520; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.492 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187).

[1047] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.519 y 7.520; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.491 y 7.492 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 181 y 187).

[1048] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.521; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.493 (donde se hace referencia a las preguntas formuladas por el Grupo Especial a los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 180).

habían coincidido en que los testimonios científicos presentados en relación con la posibilidad de que hubiera efectos carcinogénicos o genotóxicos como resultado del consumo de carne tratada con estradiol-17β, o no existían o eran insuficientes.[1049] En la medida en que las Comunidades Europeas adujeron que el riesgo pertinente de las hormonas es un "riesgo adicional", los expertos concluyeron que las Comunidades Europeas no habían evaluado la medida en que los residuos de las hormonas presentes en la carne y los productos cárnicos como consecuencia de la administración al ganado bovino de hormonas para estimular su crecimiento contribuyen a que surjan riesgos adicionales resultantes de las exposiciones acumulativas de los seres humanos a peligros múltiples, además de la producción endógena de algunas de estas hormonas por los animales y los seres humanos.[1050] El Grupo Especial a continuación "estudi[ó] los dictámenes y hall[ó] declaraciones que indica[ba]n que no se hicieron estudios específicos sobre las posibilidades de que los efectos adversos para la salud identificados por las Comunidades Europeas se produjeran a raíz del consumo de carne y productos cárnicos de bovinos tratados con estradiol-17β para estimular el crecimiento".[1051]

509. El Grupo Especial concluyó lo siguiente:

> Todas las declaraciones de los expertos, y de hecho de los dictámenes, indican que las Comunidades Europeas han evaluado la posibilidad de que los efectos adversos identificados estén asociados con los estrógenos en general, pero no han proporcionado un análisis de las posibilidades de que esos efectos se deriven del consumo de carne y productos cárnicos que contienen residuos de estradiol-17β como consecuencia de haber sido tratado el ganado de que provienen con la hormona con fines de estimulación del crecimiento. En consecuencia, el Grupo Especial concluye que, aunque las Comunidades Europeas han evaluado la asociación entre el exceso de hormonas y los efectos neurobiológicos, de desarrollo, reproductivos e inmunológicos, así como la inmunotoxicidad, genotoxicidad y carcinogenicidad, no han satisfecho las prescripciones de la definición de evaluación del riesgo contenida en el párrafo 4 del Anexo A porque no han evaluado específicamente la posibilidad de que esos efectos adversos se produzcan o se originen por el, o resulten del, consumo de carne o productos cárnicos que contienen residuos veterinarios de

---

[1049] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.522-7.525; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.494-7.497 (donde se hace referencia a las respuestas de los Dres. Boobis, Guttenplan, Boisseau y Cogliano a las respuestas formuladas por el Grupo Especial a los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 144, 145, 132 y 180, respectivamente).

[1050] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.529; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.501 (donde se hace referencia a la pregunta 56 formulada por el Grupo Especial a los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 422-431).

[1051] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.531; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.503. El Grupo Especial observó que en el Dictamen de 1999 se estudiaron tres áreas principales de posibles efectos adversos: los efectos para el desarrollo en diferentes etapas de la vida; la relación entre los estrógenos y el cáncer; y el efecto de las hormonas sexuales en el sistema inmunitario. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.532; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.504.)

> estradiol-17β como consecuencia del tratamiento del ganado con la hormona con fines de estimulación del crecimiento.[1052]

510. A pesar de su constatación, el Grupo Especial procedió a examinar el cuarto elemento del criterio que había establecido para determinar si el SCVPH se ajustaba a la definición de "evaluación del riesgo", es decir, si las conclusiones de los Dictámenes del SCVPH encontraban apoyo suficiente en los testimonios científicos evaluados. Sobre la base de las opiniones de los expertos consultados y de su propio examen de los Dictámenes del SCVPH, el Grupo Especial constató que los testimonios científicos a los que se hacía referencia en ellos no apoyaban la conclusión de que la genotoxicidad del estradiol-17β ya hubiera sido demostrada, ni la conclusión de que la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne y los productos cárnicos llevara a un aumento del riesgo de cáncer o a efectos perjudiciales inmunológicos o de desarrollo.[1053]

511. Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que "los dictámenes [del SCVPH] no constituyen una evaluación del riesgo porque no se ajustan a la definición de evaluación del riesgo contenida en la segunda oración del párrafo 4 del Anexo A y porque los testimonios científicos a que se hace referencia en los dictámenes no apoyan las conclusiones contenidas en éstos".[1054] Como consecuencia de esta constatación, el Grupo Especial constató asimismo que la prohibición permanente aplicada a la carne y los productos cárnicos tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento no constituye una medida "basada en" una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1055] El Grupo Especial concluyó por tanto que "la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] sobre el estradiol-17β no es compatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*".[1056]

D. *Alegaciones y argumentos formulados en apelación*

512. Las Comunidades Europeas impugnan en apelación varios aspectos de la evaluación de la Directiva 2003/74/CE hecha por el Grupo Especial con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En primer lugar, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 5, complementado por el párrafo 2 del artículo 5, del *Acuerdo MSF*, cuando excluyó del alcance de sus análisis argumentos y pruebas relativos al uso

---

[1052] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.537; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.509.

[1053] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.572; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.540.

[1054] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.578; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.548.

[1055] *Ibid.*

[1056] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.579; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.549.

indebido y a las dificultades de control de la administración de hormonas al ganado bovino con fines de estimulación del crecimiento.[1057] En segundo lugar, las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial incurrió en error cuando constató que las Comunidades Europeas no evaluaron específicamente los riesgos derivados de los residuos de estradiol-17β presentes en la carne de bovinos tratados con esta hormona para estimular el crecimiento.[1058] En tercer lugar, las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error cuando interpretó que la definición de evaluación del riesgo del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* exige la cuantificación de los riesgos resultantes del consumo de residuos de estradiol-17β contenidos en la carne de bovino.[1059]

513. Las Comunidades Europeas también aducen que el Grupo Especial asignó incorrectamente la carga de la prueba con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* al "desplazar la carga de la prueba a las Comunidades Europeas sin examinar antes, disposición por disposición del *Acuerdo MSF*, como lo prescribe el Órgano de Apelación, si los argumentos de los Estados Unidos y del Canadá tenían mérito suficiente para desplazar nuevamente la carga de la prueba a las Comunidades Europeas".[1060]

514. Por último, las Comunidades Europeas acusan al Grupo Especial de no haber hecho una evaluación objetiva de los hechos, conforme a lo requerido por el artículo 11 del ESD, al llegar a su constatación con respecto al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial aplicó una norma de examen incorrecta a las pruebas que tenía ante sí, tratando de determinar "las conclusiones científicas correctas"[1061] acerca de los riesgos derivados de las hormonas en cuestión, a pesar de que los Miembros tienen derecho a basarse en opiniones discrepantes procedentes de fuentes competentes y respetadas. En cambio, la norma correcta de examen exigía que el Grupo Especial determinase si había "un fundamento científico razonable"[1062] para la medida de las Comunidades Europeas, respetando el derecho "importante y autónomo" de los Miembros a establecer sus propios niveles de protección sanitaria y fitosanitaria.[1063] Las Comunidades Europeas opinan que un grupo especial no debe utilizar su propio juicio científico en lugar del juicio del Miembro que adopta la medida y debe reconocer la importancia de una

[1057] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 331 y 332.
[1058] *Ibid.*, párrafo 343.
[1059] *Ibid.*, párrafo 355.
[1060] *Ibid.*, párrafo 294.
[1061] *Ibid.*, párrafo 240.
[1062] *Ibid.*, párrafo 243.
[1063] *Ibid.*, párrafo 222 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 172). (no se reproducen las cursivas)

"controversia científica auténtica y legítima".[1064] Las Comunidades Europeas impugnan el examen del Grupo Especial de tres aspectos distintos de la evaluación del riesgo del estradiol-17β hecha por las Comunidades Europeas: i) los riesgos resultantes de la exposición a hormonas de múltiples fuentes endógenas y exógenas[1065]; ii) la genotoxicidad real o potencial del estradiol-17β[1066]; y iii) la especificidad o causalidad directa en la demostración de los riesgos resultantes del consumo de carne de bovino que contenga residuos de estradiol-7β como consecuencia del tratamiento del ganado con esta sustancia para estimular su crecimiento.[1067]

515. Los Estados Unidos consideran que el Grupo Especial no incurrió en error cuando constató que la prohibición permanente de las Comunidades Europeas aplicada al estradiol-17β no se basaba en una evaluación del riesgo a tenor del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial no interpretó incorrectamente el párrafo 1 del artículo 5 al excluir de su análisis pruebas relativas al uso indebido o el abuso en la administración de estradiol-17β. En cambio, el Grupo Especial "valoró plenamente"[1068] la importancia de la afirmación de las Comunidades Europeas de que el uso indebido o el abuso en la administración de estradiol-17β podía aumentar los riesgos identificados en este caso en particular, pero consideró con razón que esos riesgos sólo serían pertinentes si las Comunidades Europeas hubieran conseguido demostrar que los residuos de estradiol-17β en la carne creaban un riesgo específico. Con respecto a la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error cuando constató que las Comunidades Europeas no habían evaluado específicamente los riesgos concretos en cuestión, los Estados Unidos sostienen que el requisito de especificidad del Grupo Especial se basa en un "minucioso estudio"[1069] de la jurisprudencia del Órgano de Apelación sobre el párrafo 1 del artículo 5 y que las pruebas que obraban en el expediente a consideración del Grupo Especial avalaban la conclusión del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas "identificaron únicamente 'riesgos generales' y no habían abordado el riesgo específico, como exige el *Acuerdo MSF*".[1070] Los Estados Unidos aducen que "la declaración de un experto, separada del resto de las pruebas del expediente"[1071] no basta para demostrar que las Comunidades Europeas evaluaron el riesgo específico en cuestión. Los Estados Unidos también refutan la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial exigió la cuantificación de los riesgos, porque el Grupo Especial no excluyó una demostración cualitativa de los riesgos. La referencia del Grupo Especial a la "posible aparición

[1064] *Ibid.*, párrafo 248.
[1065] *Ibid.*, párrafo 249.
[1066] *Ibid.*, párrafos 250-258.
[1067] *Ibid.*, párrafos 259-270.
[1068] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 54.
[1069] *Ibid.*, párrafo 57.
[1070] *Ibid.*, párrafo 61.
[1071] *Ibid.*, párrafo 60.

de [...] efectos perjudiciales" se centró en cambio "en si la supuesta evaluación del riesgo [realizada por las Comunidades Europeas] parecía ser 'lo suficientemente específic[a] con respecto al asunto de que se trata'".[1072]

516. Además, los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial no incurrió en error al asignar la carga de la prueba de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5. El Grupo Especial actuó correctamente al asignar a las Comunidades Europeas la carga inicial de demostrar la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5, porque la alegación de las Comunidades Europeas fundada en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD se basaba en la alegación de compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE. Habiendo constatado que las Comunidades Europeas habían cumplido esa obligación, el Grupo Especial trasladó la carga de la prueba a los Estados Unidos, y constató correctamente que los Estados Unidos habían refutado la alegación de compatibilidad formulada por las Comunidades Europeas "presentando pruebas positivas que demostraban una infracción del *Acuerdo MSF* por parte de las [Comunidades Europeas]".[1073] Como resultado de ello, la carga de la prueba "se desplazó de una a otra parte"[1074] y el Grupo Especial correctamente "siguió la práctica de otros grupos especiales de valorar todas las pruebas que tenía ante sí".[1075]

517. Por último, los Estados Unidos rechazan la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva del asunto cuando valoró las pruebas. Los Estados Unidos sostienen que la norma más deferente de "razonabilidad" propuesta por las Comunidades Europeas para las diferencias relativas al párrafo 1 del artículo 5 ha sido rechazada por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* porque no tiene apoyo en el texto del *Acuerdo MSF* y "amalgama el concepto de norma de examen y la aplicación de la ley a los hechos".[1076] En virtud de la norma de la "evaluación objetiva de los hechos" que se aplica a las diferencias que se plantean en el marco del *Acuerdo MSF*, los grupos especiales gozan de un margen de discrecionalidad como instancia que decide sobre los hechos y corresponde que puedan "determinar que debía atribuirse más peso a ciertos elementos de las pruebas que a otros".[1077] Según los Estados Unidos, el ejercicio por el Grupo Especial de su propio juicio para evaluar las pruebas fue "parte"[1078] de su deber de hacer una evaluación objetiva de los hechos. Por lo tanto, las constataciones del Grupo Especial referentes a los riesgos causados por la exposición a residuos de hormonas procedentes de fuentes múltiples, la

[1072] *Ibid.*, párrafo 64 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200).
[1073] *Ibid.*, párrafo 93.
[1074] *Ibid.*, párrafo 94.
[1075] *Ibid.*, párrafo 94 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386).
[1076] *Ibid.*, párrafo 39.
[1077] *Ibid.*, párrafo 42 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 221).
[1078] *Ibid.*, párrafo 47.

genotoxicidad real o potencial del estradiol-17β, la especificidad de la evaluación del riesgo y la pertinencia del uso indebido y el abuso para una evaluación del riesgo estaban todas ellas comprendidas en sus facultades como instancia que decide sobre los hechos.

518. El Canadá sostiene que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 5, complementado por el párrafo 2 del artículo 5, del *Acuerdo MSF*. El Canadá aduce que el Grupo Especial, en su análisis, no pasó por alto pruebas relativas al uso indebido y el abuso en la administración de hormonas, sino que consideró con acierto que esas pruebas no eran "importantes"[1079] para su análisis, porque antes había constatado que las Comunidades Europeas no habían demostrado específicamente la posibilidad de que el consumo de carne de bovino que contenga residuos de estradiol-17β tuviera efectos perjudiciales. El Canadá afirma asimismo que el Grupo Especial sostuvo acertadamente que la evaluación del riesgo hecha por las Comunidades Europeas no era lo bastante específica para los riesgos concretos en cuestión. La afirmación de las Comunidades Europeas de que la genotoxicidad del estradiol-17β no permitió hacer una evaluación cuantitativa del riesgo no está de acuerdo con las pruebas disponibles, porque "el hecho de que una hormona pueda ser una genotoxina *in vitro* no significa que sea una genotoxina *in vivo*".[1080] El Canadá considera que el Grupo Especial tenía un "fundamento sólido" para constatar que la evaluación del riesgo no era suficientemente específica para el riesgo, porque los expertos científicos que colaboraban con el Grupo Especial indicaron "muy claramente que las Comunidades Europeas no disponían de testimonios científicos que respaldaran la afirmación de existencia del riesgo específico".[1081] El Canadá también rechaza la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error cuando exigió un análisis cuantitativo del riesgo. Según el Canadá, las pruebas en que se basa la evaluación del riesgo hecha por las Comunidades Europeas no contienen un análisis del riesgo, ni cualitativo ni cuantitativo, porque las Comunidades Europeas no han presentado ninguna prueba que demuestre la genotoxicidad del estradiol-17β *in vivo*.

519. El Canadá sostiene, además, que el Grupo Especial no omitió hacer una evaluación objetiva del asunto cuando formuló su constatación con respecto al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En cuanto instancia que decide sobre los hechos, el Grupo Especial tenía la facultad discrecional de "atribuir mayor peso al asesoramiento de determinados expertos que al de otros" y no estaba obligado a "tratar en pie de igualdad todo el asesoramiento recibido de los expertos".[1082] El Canadá afirma que las Comunidades Europeas no demostraron que el Grupo Especial sobrepasó los límites de sus

[1079] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 88.
[1080] *Ibid.*, párrafo 95.
[1081] *Ibid.*, párrafo 99.
[1082] *Ibid.*, párrafo 73.

facultades discrecionales en el análisis que hizo de las pruebas sobre la exposición múltiple, la genotoxicidad y la especificidad o causalidad directa.

520. Australia está de acuerdo con el argumento de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error cuando escogió la norma de examen que aplicó a su evaluación en relación con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Australia sostiene que la norma de examen aplicable con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 exigía que el Grupo Especial mostrase "considerable deferencia (pero no una deferencia total)"[1083] a la evaluación del riesgo realizada por un Miembro y, por lo tanto, el Grupo Especial debería haberse centrado en "si la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas representaba una opinión objetiva y creíble"[1084] de una fuente competente y respetada.

521. Nueva Zelandia no está de acuerdo con las alegaciones de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error en la evaluación que hizo de la Directiva 2003/74/CE con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. A juicio de Nueva Zelandia, la conclusión del Grupo Especial de que la prohibición permanente del estradiol-17β dispuesta en la Directiva 2003/74/CE no se basaba en una evaluación del riesgo hecha de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 quedaba respaldada por un examen exhaustivo de todos los testimonios científicos, basado en la experiencia y los conocimientos de un grupo de eminentes expertos científicos y técnicos.[1085]

E. *La evaluación de la Directiva 2003/74/CE realizada por el Grupo Especial con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del* Acuerdo MSF

1. Disciplinas generales aplicables a la adopción de una medida sanitaria o fitosanitaria

522. En el *Acuerdo MSF* se reconoce el derecho de los Miembros de la OMC a adoptar las medidas necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. El derecho a tomar medidas de protección debe ejercerse de forma compatible con una serie de obligaciones que se enuncian en el Acuerdo y cuyo propósito es asegurar que esas medidas estén debidamente justificadas.[1086]

[1083] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero participante, párrafo 36.
[1084] *Ibid.*, párrafo 42.
[1085] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante, párrafo 3.47.
[1086] Véase el primer considerando del preámbulo del *Acuerdo MSF*. Además, en el párrafo 3 del artículo 2 del *Acuerdo MSF* se dispone que 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" y que las medidas sanitarias y fitosanitarias "no se aplicarán de manera que constituyan una restricción encubierta del comercio internacional".

523. Hay varios conceptos que se definen en el *Acuerdo MSF* y que describen aspectos del proceso de adopción de decisiones que debe seguir un Miembro de la OMC cuando adopta una medida sanitaria o fitosanitaria. El "nivel adecuado de protección" se define en el párrafo 5 del Anexo A del *Acuerdo MSF* como el "[n]ivel de protección que estime adecuado el Miembro que establezca la medida sanitaria o fitosanitaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales en su territorio". Es "prerrogativa"[1087] de los Miembros de la OMC determinar el nivel de protección que estiman adecuado.[1088] La medida sanitaria o fitosanitaria es el "instrumento" elegido por el Miembro de la OMC para hacer realidad su objetivo sanitario o fitosanitario.[1089] Basándose en la redacción del párrafo 6 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Órgano de Apelación ha explicado que "la determinación del nivel de protección es un elemento del proceso de adopción de decisiones que precede lógicamente al establecimiento o mantenimiento de la medida sanitaria o fitosanitaria y es distinto de ella".[1090] En otras palabras, lo que sucede es que el nivel adecuado de protección determina la medida sanitaria o fitosanitaria que se va a implantar o mantener y no que el nivel adecuado de protección sea determinado por la medida sanitaria o fitosanitaria.[1091] El Órgano de Apelación ha constatado también que "el *Acuerdo MSF* impone tácitamente la obligación de determinar el nivel adecuado de protección".[1092] Aunque no es necesario fijarlo en términos cuantitativos, el nivel de protección no puede ser determinado "en términos tan ambiguos o equívocos que la aplicación de las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* ... resulte imposible".[1093]

524. Otro aspecto importante del proceso de adopción de decisiones es la "evaluación del riesgo". De conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, una medida sanitaria o fitosanitaria debe basarse 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". Con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, los Miembros de la OMC también pueden adoptar

---

[1087] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 199. (no se reproducen las cursivas)

[1088] Aunque corresponde a los Miembros de la OMC elegir su nivel de protección, el *Acuerdo MSF* establece disciplinas que un Miembro debe respetar cuando lo haga. De conformidad con el párrafo 5 del artículo 5, cada Miembro de la OMC "evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional". El párrafo 6 del artículo 5 dispone que los Miembros "se asegurarán de que [las] medidas [sanitarias o fitosanitarias] no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica". Además, el párrafo 4 del artículo 5 prescribe que "[a]l determinar el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros deberán tener en cuenta el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio".

[1089] Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 200. (no se reproducen las cursivas)

[1090] *Ibid.*, párrafo 203. (no se reproducen las cursivas)

[1091] *Ibid.*, párrafo 206.

[1092] *Ibid.*

[1093] *Ibid.*, párrafo 203.

provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias cuando se cumplen determinadas condiciones, entre otras cosas cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes para hacer una evaluación del riesgo. Examinamos el párrafo 7 del artículo 5 con más detenimiento en la sección VII.

525. La "evaluación del riesgo" está definida en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* en los términos siguientes:

> Evaluación de la probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio de un Miembro importador según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse, así como de las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; o evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas y los piensos.

526. El párrafo 1 del artículo 5 es "una aplicación específica de las obligaciones básicas contenidas en el párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*".[1094] El párrafo 2 del artículo 2 se centra en la necesidad de que una medida sanitaria o fitosanitaria se base en principios científicos y en testimonios científicos suficientes. Dispone lo siguiente:

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

El Órgano de Apelación ha observado que "el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5 se deben leer constantemente juntos" porque "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".[1095]

527. En el párrafo 2 del artículo 5 figura una lista de los factores que se deben tener en cuenta en una evaluación del riesgo. La lista empieza con "los testimonios científicos existentes" y también incluye "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". En *CE - Hormonas*, el Grupo Especial describió la "evaluación del riesgo" como "un proceso científico tendente a establecer la base científica" de la medida sanitaria o

[1094] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 180.
[1095] *Ibid.*

fitosanitaria.[1096] El Órgano de Apelación entendió que el Grupo Especial había hecho referencia a "un proceso caracterizado por una investigación y análisis sistemáticos, disciplinados y objetivos, es decir, un modo de estudiar y clasificar hechos y opiniones".[1097] Por lo tanto, la ciencia desempeña un papel central en la evaluación del riesgo. Sin embargo, el Órgano de Apelación advirtió que no se debía adoptar un enfoque demasiado restringido de la evaluación del riesgo, cuando señaló lo siguiente:

> 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.[1098]

528. Como señalamos antes, el párrafo 1 del artículo 5 prescribe que las medidas sanitarias y fitosanitarias "se basen en" una evaluación del riesgo. Esto no significa que las medidas sanitarias y fitosanitarias tengan que estar "en conformidad con" la evaluación del riesgo. En cambio, lo que se exige es que "los resultados de la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente -es decir, apoyen razonablemente- la medida sanitaria o fitosanitaria que está en juego".[1099] Dicho de otra manera, debe haber "una relación racional" entre la medida sanitaria o fitosanitaria y la evaluación del riesgo.[1100]

529. Además, no es necesario que la evaluación del riesgo llegue "a una conclusión monolítica que coincida con la conclusión o la opinión científica implícita en la medida sanitaria o fitosanitaria" y la evaluación del riesgo tampoco tiene que "plasmar necesariamente sólo la opinión de una mayoría de la comunidad científica competente".[1101] Aunque reconoce que, en la mayor parte de los casos, los Miembros de la OMC "suelen basar sus medidas legislativas y administrativas en la opinión científica 'principal'", el Órgano de Apelación ha destacado que, "[e]n 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".[1102] El Órgano de Apelación agregó que un enfoque basado en una opinión discrepante procedente de una fuente competente y respetada "no es forzosamente un indicio de la falta de una relación razonable entre la medida sanitaria o fitosanitaria y la evaluación del riesgo, especialmente cuando el riesgo de

---

[1096] *Ibid.*, párrafo 187 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Hormonas (Estados Unidos)*, párrafo 8.107; y el informe del Grupo Especial, *CE - Hormonas (Canadá)*, párrafo 8.110).
[1097] *Ibid.*, párrafo 187.
[1098] *Ibid.*
[1099] *Ibid.*, párrafo 193.
[1100] *Ibid.*
[1101] *Ibid.*, párrafo 194.
[1102] *Ibid.*

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".[1103]

530. No es necesario que una medida sanitaria o fitosanitaria esté basada en una evaluación del riesgo hecha por el Miembro de la OMC que la adopta. Puede basarse en una evaluación del riesgo hecha por una organización internacional competente o por otro Miembro de la OMC.[1104] La evaluación del riesgo puede ser de naturaleza cuantitativa o cualitativa.[1105] De todos modos, el Órgano de Apelación ha observado que la "incertidumbre teórica"[1106] no es el tipo de riesgo que, con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, se ha de evaluar; el riesgo que se ha de evaluar, por el contrario, debe ser un riesgo "verificable".[1107] Además, la evaluación del riesgo debe tener el grado de especificidad necesario. La evaluación debe ser "suficientemente específic[a]"[1108] en lo referente al daño de que se trate y al agente exacto que podría causar el daño.[1109]

531. Los Miembros de la OMC tienen el derecho de adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias, pero no están obligados a hacerlo. Con la evaluación del riesgo se puede llegar a la conclusión de que no hay un riesgo verificable y en este caso no se puede adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria. Otra posibilidad es que un Miembro de la OMC llegue a la conclusión de que, habida cuenta de los riesgos observados en la evaluación del riesgo y el nivel aceptable de protección que ese Miembro ha establecido, no es necesaria una medida sanitaria o fitosanitaria.

532. En el *Acuerdo MSF* se asigna una función prominente a las normas internacionales, en particular para avanzar hacia el objetivo de promover la armonización de las normas sanitarias y fitosanitarias entre los Miembros de la OMC.[1110] Para ello, se alienta a los Miembros de la OMC a basar sus medidas sanitarias y fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan.[1111] Hay una presunción refutable de que las medidas sanitarias y fitosanitarias que están en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son "necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y ... que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994".[1112] Aunque se propicia el uso de las normas internacionales, en el *Acuerdo MSF* se reconoce el derecho de los Miembros de la OMC de establecer o mantener medidas sanitarias y fitosanitarias que

[1103] *Ibid.*
[1104] *Ibid.*, párrafo 190.
[1105] *Ibid.*, párrafo 186.
[1106] *Ibid.*
[1107] *Ibid.*
[1108] *Ibid.*, párrafo 200.
[1109] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 202.
[1110] Véanse el artículo 3 y el sexto considerando del preámbulo del *Acuerdo MSF*.
[1111] Párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.
[1112] Párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.

representen un nivel de protección más elevado que el que se lograría con medidas basadas en esas normas internacionales. Cuando un Miembro ejerce su derecho de adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria que da por resultado un nivel más elevado de protección, ese derecho está limitado por el requisito de que la medida sanitaria o fitosanitaria se ajuste a las demás prescripciones del *Acuerdo MSF*[1113], entre ellas la de que se haga una evaluación del riesgo.[1114] Sin embargo, el Órgano de Apelación ha constatado que la adopción de una medida sanitaria o fitosanitaria que no esté en conformidad con una norma internacional y que dé por resultado un nivel de protección más elevado no es motivo para imponer una carga de la prueba más rigurosa en el marco del *Acuerdo MSF*:

> La presunción de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* que surge del párrafo 2 del artículo 3 con respecto a las medidas que se conforman a las normas internacionales podría muy bien constituir un *incentivo* para que los Miembros pongan en conformidad sus medidas sanitarias y fitosanitarias con dichas normas. No obstante, es obvio que la decisión de un Miembro de no poner en conformidad determinada medida con una norma internacional no autoriza a que se le imponga a ese Miembro una carga de la prueba, especial o generalizada, que podría, en la mayoría de los casos, equivaler a una *penalidad*.[1115] (las cursivas figuran en el original)

533. En la audiencia, examinamos la relación entre el nivel adecuado de protección y la evaluación del riesgo. Las Comunidades Europeas consideran que el nivel adecuado de protección puede evidentemente ser tenido en cuenta en una evaluación del riesgo y también puede, en algunos casos, reflejarse en el mandato y los parámetros fijados para quienes evalúan el riesgo. Los Estados Unidos y el Canadá reconocen que el nivel aceptable de riesgo puede algunas veces desempeñar un papel, aunque sea limitado, con respecto a la evaluación del riesgo. Sin embargo, los Estados Unidos y el Canadá advierten que es necesario preservar la objetividad del proceso de evaluación del riesgo y rechazan la idea de que las opciones de política subjetivas puedan desempeñar alguna función en la evaluación del riesgo. A su juicio, esas opciones de política pueden ser tenidas en cuenta por los Miembros de la OMC para determinar su nivel apropiado de riesgo y para elegir la medida sanitaria o fitosanitaria, pero no deben formar parte del proceso de evaluación del riesgo, que debe seguir siendo una evaluación objetiva y científica.

534. La evaluación del riesgo no puede aislarse totalmente del nivel apropiado de protección. Puede haber circunstancias en las que el nivel apropiado de protección elegido por un Miembro afecte al alcance o al método de la evaluación del riesgo. Esto es lo que puede suceder cuando un Miembro de la OMC decide no adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria basada en una norma internacional

---

[1113] Párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.
[1114] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 176 y 177.
[1115] *Ibid.*, párrafo 102.

porque procura asegurar un nivel más elevado de protección. En esa situación, el hecho de que el Miembro de la OMC haya elegido fijar un nivel más alto de protección puede obligarlo a hacer, como parte de su evaluación del riesgo, determinadas investigaciones que sean diferentes de los parámetros considerados y de las investigaciones hechas en la evaluación del riesgo en la que se apoya la norma internacional. Sin embargo, el nivel elegido de protección no debe afectar al rigor ni a la objetividad de la evaluación del riesgo que debe ser siempre esencialmente un proceso en que los posibles efectos perjudiciales se evalúen usando métodos científicos.[1116] De igual manera, cualquiera sea el nivel de protección que un Miembro elija no predetermina los resultados de la evaluación del riesgo. En caso contrario, no tendría sentido hacer la evaluación del riesgo.[1117]

535. Entendemos que el Codex hace una distinción entre "evaluación de riesgos" y "gestión de riesgos".[1118] Define esta última como el "proceso *distinto de la evaluación de riesgos* que consiste en ponderar las distintas opciones normativas ... teniendo en cuenta la evaluación de riesgos y otros factores relacionados con la protección de la salud de los consumidores y la promoción de prácticas comerciales equitativas y, si fuera necesario, en seleccionar las posibles medidas de prevención y control apropiadas".[1119] En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación señaló que el *Acuerdo MSF* no incluye el concepto de "gestión del riesgo" y rechazó la interpretación restringida del Grupo Especial de la "evaluación del riesgo" basada en esa distinción.[1120] El Órgano de Apelación no ha hecho una enumeración clara de los factores que pueden considerarse en una "evaluación del riesgo" de conformidad con el *Acuerdo MSF*, pero ha sostenido que la lista de factores que figura en el párrafo 2 del artículo 5 no es una lista cerrada y, en particular, que el abuso o el uso indebido y las dificultades

---

[1116] Recordamos, sin embargo, que no debe interpretarse, con criterio restringido, que el proceso científico se limita a cuestiones que son "susceptibles de un análisis cuantitativo por los métodos de laboratorio empíricos o experimentales comúnmente vinculados a las ciencias físicas". Por el contrario: el riesgo que se ha de evaluar incluye también el "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". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187.)

[1117] Esto está de acuerdo con las opiniones del Órgano de Apelación sobre la relación entre la evaluación del riesgo y la medida sanitaria o fitosanitaria:

> Entendemos que esa frase entraña que una evaluación del riesgo no debe estar limitada a un examen de la medida ya aplicada o favorecida por el Miembro importador. En otras palabras, la evaluación que contempla el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* no debe verse distorsionada por opiniones preconcebidas sobre la naturaleza y el contenido de la medida que ha de adoptarse; y tampoco debe convertirse en una actividad específicamente diseñada y desarrollada con la finalidad de justificar decisiones *ex post facto*.

(Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 208.)

[1118] Comisión del Codex Alimentarius, Manual de Procedimiento, decimoquinta edición, página 50. Véanse también el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.515; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.487.

[1119] Comisión del Codex Alimentarius, Manual de Procedimiento, decimoquinta edición, página 50. (sin cursivas en el original)

[1120] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 181.

de control en la administración de las hormonas pueden considerarse en el contexto de una evaluación del riesgo.[1121]

536. Antes de examinar las alegaciones de las Comunidades Europeas, resumiremos brevemente algunos de los hechos pertinentes en este asunto. Observamos que el Codex ha adoptado una norma internacional para el estradiol-17β, sobre la base de evaluaciones hechas por el JECFA.[1122] Las Comunidades Europeas afirman que han adoptado un nivel de protección más elevado que el que se alcanzaría con la norma del Codex. Según las Comunidades Europeas, su nivel de protección es "la ausencia de riesgo (evitable), es decir, un grado de protección que no permite ninguna adición innecesaria resultante de la exposición a sustancias químicas genotóxicas destinadas a ser añadidas deliberadamente a los alimentos".[1123] Las Comunidades Europeas también destacan que han hecho una evaluación del riesgo para la carne de bovinos tratados con estradiol-17β con el fin de estimular el crecimiento. Esa evaluación del riesgo consiste en los Dictámenes de 1999, 2000 y 2002, apoyados por 17 estudios realizados entre 1998 y 2001. Las Comunidades Europeas también explican que su medida sanitaria o fitosanitaria, es decir, la prohibición de la importación y la comercialización aplicada en virtud de la Directiva 2003/74/CE, se adoptó teniendo en cuenta el nivel más elevado de protección que se fijaron para sí mismas y se basa debidamente en su evaluación del riesgo.[1124]

2. Interpretación y aplicación por el Grupo Especial de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

537. Examinamos, en primer lugar, la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error al adoptar "una interpretación extremadamente restringida y, en consecuencia, errónea del párrafo 1 del artículo 5 y no tuvo en cuenta que la evaluación del riesgo y la gestión del riesgo se superponen parcialmente en el *Acuerdo MSF*".[1125] Aducen que la interpretación restringida que hizo el Grupo Especial de la evaluación del riesgo le llevó a excluir erróneamente del alcance de su análisis con respecto al párrafo 1 del artículo 5 pruebas relativas al uso indebido o el abuso y a las dificultades de control de la administración de hormonas al ganado con fines de estimulación del crecimiento.

[1121] *Ibid.*, párrafos 187 y 206.
[1122] Véase *supra*, nota 933.
[1123] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.607; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.585 (donde se hace referencia a las respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión sustantiva, informes del Grupo Especial, anexo C-1, párrafo 69). Véase también el Dictamen de 1999, sección I.2.
[1124] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.390; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.387.
[1125] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 308.

538. Comenzamos examinando la manera en que entendió el Grupo Especial la interpretación del Órgano de Apelación del párrafo 1 del artículo 5 en *CE - Hormonas*, y en especial su análisis de la pertinencia de los factores de gestión del riesgo a los efectos de una evaluación del riesgo en el sentido del Anexo A y el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Grupo Especial encargado del presente asunto interpretó la resolución del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* de la siguiente manera:

> Si bien el Órgano de Apelación reprobó la distinción que el Grupo Especial inicial hizo entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo" por carecer de base textual en el Acuerdo, este Grupo Especial no ha podido encontrar ninguna declaración del Órgano de Apelación que confirme que lo que las Comunidades Europeas describen como gestión del riesgo está incluido en la definición de evaluación del riesgo que figura en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*. De hecho, el Órgano de Apelación hizo hincapié en que el artículo 5 y el Anexo A 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*.
>
> El Grupo Especial está de acuerdo con el Órgano de Apelación en que su función de intérprete de tratados consiste en "le[er] e interpret[ar] las palabras efectivamente utilizadas en el acuerdo objeto del examen y no las palabras que el intérprete pueda considerar que se deberían haber utilizado". El Grupo Especial toma nota de la constatación del Órgano de Apelación de que en una evaluación del riesgo pueden tenerse en cuenta "cuestiones no susceptibles de un análisis cuantitativo por los métodos de laboratorio empíricos o experimentales comúnmente vinculados a las ciencias físicas". Sin embargo, el Grupo Especial constata que ni esa constatación ni el texto del Acuerdo incluyen en la definición de evaluación del riesgo los conceptos señalados por las Comunidades Europeas como "gestión del riesgo".[1126] (no se reproduce la nota de pie de página)

539. Por consiguiente, el Grupo Especial dijo que preguntaría a los expertos si los Dictámenes del SCVPH identificaban los posibles efectos perjudiciales para la salud humana de los residuos de estradiol-17β encontrados en la carne de bovinos tratados con esta hormona administrada de conformidad con las buenas prácticas veterinarias.[1127]

540. En la etapa intermedia de reexamen, las Comunidades Europeas afirmaron que el Grupo Especial "interpret[ó] errónea[mente]" lo que había dicho el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*.[1128] En respuesta, el Grupo Especial explicó lo siguiente:

[1126] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.519 y 7.520; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.491 y 7.492.

[1127] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.521; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.493.

[1128] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.97; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.89.

> El Órgano de Apelación desaprobó la utilización por el Grupo Especial en la diferencia inicial *CE - Hormonas* de la distinción entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo" porque no se basaba en ningún texto. No obstante, ello no significa que el Órgano de Apelación avalara una interpretación del párrafo 1 del artículo 5 o del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* que incluya una fase de gestión del riesgo. De hecho hizo hincapié en que la expresión "gestión del riesgo" no figura ni en el artículo 5 ni en ninguna otra disposición del *Acuerdo MSF*. En consecuencia, el Grupo Especial no encuentra ninguna base para la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Órgano de Apelación "confirmó que una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 incluye una fase de gestión del riesgo que ha de llevar a cabo el organismo regulador y no los organismos científicos".[1129] (no se reproduce la nota de pie de página)

541. Nos resulta difícil conciliar la interpretación del Grupo Especial de la diferencia *CE - Hormonas* con lo que sostuvo el Órgano de Apelación en ese informe. Como hemos señalado anteriormente, en ese asunto el Órgano de Apelación rechazó la rígida distinción que estableció el Grupo Especial entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo", explicando lo siguiente:

> 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.[1130]

[1129] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.99; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.91. El Grupo Especial añadió lo siguiente:

> En ningún lugar del texto del párrafo 1 del artículo 5 y del párrafo 4 del Anexo A encuentra el Grupo Especial apoyo para la pretensión de las Comunidades Europeas de que una evaluación del riesgo en el sentido del *Acuerdo MSF* entre otras cosas "considera las normativas posibles en vista del resultado de la evaluación del riesgo y, de ser necesario, selecciona y pone en marcha opciones adecuadas de control, incluidas medidas reguladoras". Lo que las Comunidades Europeas parecen describir es la forma en que un gobierno elige una MSF apropiada sobre la base de una evaluación del riesgo. El Grupo Especial no considera que ese aspecto se haya contemplado en el texto del párrafo 1 del artículo 5 y del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.102; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.94. Igualmente, en el análisis que hizo con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, el Grupo Especial no examinó pruebas sobre el uso indebido o el abuso en la administración de hormonas. El Grupo Especial explicó lo siguiente:

> … el párrafo 7 del artículo 5 es aplicable cuando los testimonios científicos pertinentes no son suficientes para hacer una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5. La existencia o no de uso indebido o abuso en la administración de las hormonas no constituye en sí misma una cuestión científica que pueda hacer imposible una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.603; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.578.)

[1130] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 181.

El Órgano de Apelación reiteró posteriormente, en el mismo informe, su opinión de que "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*".[1131]

542. Por lo tanto, a nuestro juicio, la interpretación del Grupo Especial de la expresión "evaluación del riesgo" dio lugar a la misma "noción restrictiva de la evaluación de riesgo"[1132] que el Órgano de Apelación constató que era errónea en *CE - Hormonas*. El Grupo Especial intentó en este caso redactar de nuevo el informe del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* y volver a establecer la distinción rígida entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo" que el Órgano de Apelación había rechazado en ese caso.

543. Expusimos *supra* nuestra interpretación de la constatación del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* en cuanto se refiere a la distinción entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo". Pasamos seguidamente a ocuparnos del argumento de las Comunidades Europeas de que la distinción que estableció el Grupo Especial entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo" dio lugar a la exclusión de determinados factores del análisis que hizo el Grupo Especial con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En particular, las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial excluyó indebidamente las pruebas relativas al uso indebido o abuso y a las dificultades de control de la administración de hormonas al ganado para estimular el crecimiento.[1133]

544. La pertinencia de los riesgos relativos al abuso o uso indebido en la administración de hormonas se abordó también en *CE - Hormonas*. En ese caso el Órgano de Apelación señaló que "[a]lgunas 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

[1131] *Ibid.*, párrafo 206. (sin cursivas en el original) El Órgano de Apelación estimó que la redacción del párrafo 2 del artículo 5 ("los procesos y métodos de producción pertinentes; los métodos pertinentes de inspección, muestreo y prueba"), el artículo 8 y el Anexo C ("Procedimientos de control, inspección y aprobación") "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". (*Ibid.*, párrafo 205.)

[1132] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 181.

[1133] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 325. Las Comunidades Europeas confirmaron en la audiencia que su apelación se centra únicamente en el uso indebido y el abuso en la administración de hormonas y que no alegan que el Grupo Especial excluyera erróneamente otros factores sobre la base de su distinción general entre "evaluación del riesgo" y "gestión del riesgo".

laboratorio de, por ejemplo, bioquímica o farmacología" y que "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".[1134] A continuación examinó específicamente si se podía considerar que los riesgos relativos al uso indebido o abuso en la administración de hormonas formaban parte de la "evaluación del riesgo":

> 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". El *Acuerdo MSF* exige que se evalúe la posibilidad de que se produzcan efectos adversos sobre la salud humana de resultas 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 de hecho surgen riesgos de esos tipos, 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 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*.[1135] (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

545. Por consiguiente, los riesgos derivados del abuso o uso indebido en la administración de hormonas se pueden considerar debidamente como parte de una evaluación del riesgo. Cuando un Miembro de la OMC ha tenido en cuenta esos riesgos, el grupo especial que examine la evaluación del riesgo realizada por ese Miembro tiene que tomarlos en consideración. Cualquier sugerencia de que esos riesgos no pueden formar parte de una evaluación del riesgo sería un error de derecho.

[1134] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187.
[1135] *Ibid.*, párrafo 206.

546. En la etapa intermedia de reexamen, el Grupo Especial desestimó la pertinencia de las pruebas relativas al uso indebido o abuso en la administración de hormonas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 por las razones siguientes[1136]:

> El Grupo Especial coincide con las Comunidades Europeas en que la cuestión del uso indebido y abuso en la administración de las hormonas es aplicable a las seis hormonas de que se trata y es un elemento que puede tenerse en cuenta en la evaluación del riesgo, a tenor del párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, como confirmó el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*. No obstante, el Grupo Especial no considera necesario abordar esta cuestión en la sección relativa a la conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 de la prohibición definitiva del estradiol-17β, en la medida en que la existencia o no de uso indebido o abuso en la administración de las hormonas no tiene repercusión en las cuestiones abordadas por el Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5. En realidad, la cuestión del uso indebido o abuso en la administración de las hormonas es pertinente en la medida en que éste puede llevar a concentraciones más elevadas de residuos de hormonas en la carne y los productos cárnicos que las que estarían presentes en caso de que se respetaran las buenas prácticas veterinarias. Como se afirma en el Dictamen de 1999, se trata de un aspecto de la evaluación de la exposición. En este caso, el Grupo Especial constató que las Comunidades Europeas no habían evaluado específicamente la posibilidad de que [los] efecto[s] adverso[s] que habían identificado en la evaluación del riesgo se produjera[n] u originara[n] por el, o resultara del, consumo de carne o productos cárnicos que contienen residuos veterinarios de estradiol-17β a consecuencia de la administración de esta hormona al ganado con fines de estimulación del crecimiento. Por consiguiente, no era necesario ocuparse de la cuestión de si las concentraciones de residuos de hormonas en la carne y los productos cárnicos podían ser más elevadas como consecuencia del uso indebido o abuso. El Grupo Especial no considera necesario trasladar esta sección a otro lugar de sus constataciones.[1137] (no se reproduce la nota de pie de página)

547. Los Estados Unidos y el Canadá consideran que esta declaración indica que el Grupo Especial se ocupó efectivamente de los argumentos de las Comunidades Europeas relativos al uso indebido o abuso.[1138] Observamos que en esta declaración el Grupo Especial reconoce que esos riesgos son "un elemento que puede tenerse en cuenta en la evaluación del riesgo, a tenor del párrafo 2 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, como confirmó el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*". Aunque el Grupo

[1136] En la etapa intermedia de reexamen, las Comunidades Europeas criticaron al Grupo Especial por referirse solamente al uso indebido o abuso en el análisis de si las Comunidades Europeas habían tenido en cuenta los factores enumerados en el párrafo 2 del artículo 5, que el Grupo Especial examinó a petición de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas afirmaron "que el examen que el Grupo Especial hace de las posibilidades de uso indebido y abuso en la administración de las hormonas no ocupa el lugar que le correspondería, en la medida en que se trata de un aspecto de la evaluación del riesgo en el sentido de los párrafos 1 a 3 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, que es aplicable a todos los riesgos posibles identificados y a las seis hormonas". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.164; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.154.)

[1137] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.164; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.154.

[1138] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 54; y respuesta del Canadá a preguntas formuladas en la audiencia.

Especial no parece rechazar *a priori* la pertinencia de los posibles riesgos del uso indebido o abuso, declara a continuación que no era necesario abordar esta cuestión en su análisis, en la medida en que no tenía repercusión en las cuestiones abordadas por el Grupo Especial en relación con el párrafo 1 del artículo 5. Sin embargo, algunos de los expertos científicos consultados por el Grupo Especial indicaron que es probable que aumenten los riesgos derivados de los residuos de estradiol-17β en la carne de bovino cuando no se observan las buenas prácticas veterinarias en la administración de esta hormona. De hecho, esos expertos estuvieron de acuerdo en que sus conclusiones en relación con los riesgos que representa el estradiol-17β se basaban en que se respetaran las buenas prácticas veterinarias. En consecuencia, el abuso o el uso indebido en la administración de estradiol-17β repercute en los riesgos concretos evaluados por las Comunidades Europeas. La conclusión del Grupo Especial fue por lo tanto prematura porque no podía haber decidido si las Comunidades Europeas no evaluaron específicamente los posibles efectos desfavorables de los residuos de estradiol-17β en la carne antes de examinar las pruebas sobre el abuso o uso indebido. La desestimación sumaria por el Grupo Especial en la etapa intermedia de reexamen de la pertinencia de las pruebas sobre el uso indebido o el abuso da la impresión de ser una racionalización *ex post* de una decisión anterior de excluir del examen esos riesgos.

548. Los riesgos de abuso o uso indebido de las hormonas en cuestión fueron examinados por las Comunidades Europeas como parte de su evaluación del riesgo. En el Dictamen de 1999 se examinan los riesgos derivados de los implantes mal colocados y el consumo de carne de los sitios de implantación, la administración de las hormonas para fines distintos de los indicados (como en animales para los que no se ha aprobado el implante o el alimento premezclado), posibles usos de fórmulas farmacéuticas no autorizadas, y los riesgos secundarios correspondientes a los residuos de otros medicamentos.[1139] En el Dictamen de 1999 se llega a la siguiente conclusión:

> hay que señalar que los implantes mal colocados y los medicamentos del mercado negro incluyen el riesgo de que permanezcan en los tejidos comestibles de los animales niveles extremadamente elevados de residuos de hormonas. Además, hay que señalar que la utilización contemporánea de hormonas de estimulación del crecimiento y de medicamentos terapéuticos veterinarios aumenta la prevalencia de residuos no deseados en los tejidos comestibles de los bovinos.[1140]

[1139] Dictamen de 1999, páginas 30-32.
[1140] *Ibid.*, página 32.

549. En el Dictamen de 2002 se examinan también los riesgos de abuso o uso indebido.[1141] Se remite a un estudio en el que se simulaba la inobservancia de buenas prácticas veterinarias y a dos estudios relativos al MGA. En el Dictamen de 2002 se llega a la conclusión siguiente:

> ... estos experimentos identifican claramente un riesgo para los consumidores como resultado de la exposición excesiva a los residuos a causa de implantes mal colocados o utilizados en forma indebida y a dosis incorrectas. En estos casos, las concentraciones de estradiol y sus metabolitos en el músculo, la grasa, el hígado y los riñones procedentes del ganado vacuno tratado con hormonas pueden ser del doble hasta varios centenares de veces más altas en comparación con la carne no tratada. El grado de aumento depende del régimen de tratamiento y de las concentraciones reales de hormonas en los implantes usados.[1142]

550. En las consultas que celebró con los expertos científicos, el Grupo Especial abordó la pertinencia del hecho de que no se respeten las buenas prácticas veterinarias. El Grupo Especial preguntó a los expertos si la identificación del estradiol-17β como cancerígeno humano indica que haya posibles efectos perjudiciales para la salud humana cuando se consume en carne de bovinos tratados con hormonas para estimular el crecimiento. También preguntó a los expertos si su respuesta dependería de que se aplicaran o no buenas prácticas veterinarias.[1143] El Dr. Guttenplan respondió lo siguiente:

> Si consideramos que potenciales significa posibles, no se puede descartar un efecto perjudicial, aunque improbable si se aplican buenas prácticas veterinarias. Si no se aplican buenas prácticas veterinarias, las posibilidades de efectos perjudiciales pueden ser significativas.[1144]

En respuesta a otra pregunta que hizo el Grupo Especial sobre el tema, el Dr. De Brabander reconoció que "[l]a administración inadecuada de implantes o los implantes mal colocados crean peligros potenciales para la salud de las personas".[1145]

[1141] Dictamen de 2002, páginas 11 y 12. En el Dictamen de 2002 se llega también a la conclusión de que "el [MGA] aplicado en concentraciones superiores al triple de las dosis autorizadas daría lugar a una violación de los niveles de tolerancia propuestos por la FDA de los Estados Unidos". (Dictamen de 2002, página 11.) Igualmente, en el Dictamen de 2002 se constató que "[l]os cálculos obtenidos mediante modelos indicaban que, según la dosis total efectivamente implantada, la transformación de esos lugares de inyección puede contaminar toneladas de carne (picada) o productos cárnicos con concentraciones de hormonas que violan los niveles IDA/LMR propuestos por el JECFA y otros organismos reguladores". (*Ibid*., página 11.)

[1142] Dictamen de 2002, páginas 11 y 12.

[1143] Informes del Grupo Especial, anexo D, página D-28, pregunta 15.

[1144] *Ibid.*, párrafo 155. El Dr. Cogliano no estuvo de acuerdo con esta opinión. A su juicio, la "respuesta no depende de si se han aplicado buenas prácticas veterinarias, y depende en cambio de la presencia de la hormona en la carne que se consume". (*Ibid*., párrafo 154.)

[1145] *Ibid.*, párrafo 393. El Dr. Boobis reconoció también los posibles peligros derivados del abuso o uso indebido, aunque su respuesta fue matizada:

551. Las Comunidades Europeas presentaron también al Grupo Especial los informes definitivos de dos misiones llevadas a cabo en los Estados Unidos y el Canadá para evaluar los procedimientos de control de esos países.[1146] El Grupo Especial preguntó a los expertos científicos si estas pruebas "pon[ían] en tela de juicio [...] la posible aplicabilidad de las normas del Codex con respecto a las importaciones de los Estados Unidos y del Canadá de carne de ganado vacuno tratado con hormonas".[1147] El Dr. De Brabander estuvo de acuerdo en que estas pruebas eran pertinentes:

> En el material presentado por las Comunidades Europeas con respecto al uso indebido o el abuso de las hormonas en cuestión en los Estados Unidos y el Canadá se pone en efecto en tela de juicio la posible aplicabilidad de las normas del Codex con respecto a las importaciones de los Estados Unidos y del Canadá de carne de ganado vacuno tratado con hormonas.[1148]

552. Como se ha señalado anteriormente, la pertinencia del abuso o uso indebido en la administración de las hormonas en cuestión fue reconocida por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*. El Órgano de Apelación observó 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'".[1149]

553. En el análisis realizado con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* el Grupo Especial no examina las pruebas sobre el uso indebido o abuso a que se hace referencia en los Dictámenes de 1999 y 2002. Tampoco analiza el testimonio de los expertos científicos que reconocieron la pertinencia de estas pruebas y los posibles efectos perjudiciales del uso indebido o el

---

> En mi opinión, los peligros potenciales del uso de grandes cantidades de las seis hormonas objeto de controversia son los que dependen de su actividad endocrina, entre ellos el cáncer en tejidos sensibles a las hormonas. Sin embargo, debe destacarse que se trata de su peligro potencial. El riesgo potencial, es decir, la probabilidad que estos efectos se produzcan, dependerá de diversos factores, entre ellos, la magnitud de la exposición, la duración de la exposición y la etapa de la vida del individuo expuesto. Los riesgos resultantes del rango de exposiciones probables resultantes de un uso indebido o un abuso son probablemente muy bajos (véase la pregunta 62).

(*Ibid.*, párrafo 392)

[1146] Véanse el informe definitivo de una misión llevada a cabo en los Estados Unidos del 19 al 30 de junio de 2000 para examinar los sistemas establecidos para la aprobación, control y supervisión de los almacenes frigoríficos y la certificación de la carne y los productos cárnicos frescos, DG(Sanco)/1176/2000-MR Final, y el informe definitivo de una misión llevada a cabo en el Canadá del 19 al 29 de septiembre de 2000 con el fin de evaluar el control de residuos en los animales vivos y productos de origen animal, DG (Sanco)/1188/2000-MR Final (Pruebas documentales 67 y 68 presentadas por las Comunidades Europeas al Grupo Especial).

[1147] Informes del Grupo Especial, anexo D, página D-92, pregunta 51.

[1148] *Ibid.*, párrafo 403.

[1149] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 206. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

abuso en la administración de las hormonas. El Grupo Especial desestimó sumariamente la pertinencia de las pruebas sobre el uso indebido o el abuso declarando que se refieren a la evaluación de la exposición y que no había que examinarlas habida cuenta de la constatación de que las Comunidades Europeas no habían evaluado *específicamente* la posibilidad de que los efectos perjudiciales se deriven del consumo de carne de bovinos tratados con estradiol-17β para estimular el crecimiento. Reconocemos que en el Dictamen de 1999 se examinan los riesgos de uso indebido o abuso bajo el epígrafe "Consideraciones sobre la exposición por uso indebido".[1150] Después de analizar las pruebas relativas al uso indebido o abuso, en el Dictamen de 2002 se declara que "estos datos deben tenerse en cuenta en cualquier proceso de evaluación cuantitativa de la exposición".[1151] Sin embargo, esto no puede justificar el que el Grupo Especial no examinara las pruebas relativas al uso indebido o abuso. Las Comunidades Europeas dijeron con claridad que los riesgos de abuso o uso indebido eran una consideración pertinente en su evaluación del riesgo, lo que se confirma en los Dictámenes de 1999 y 2002. Al menos dos de los expertos científicos consultados por el Grupo Especial reconocieron que el uso indebido o el abuso en la administración de las hormonas podían dar lugar a efectos perjudiciales. El Grupo Especial tenía el deber de ocuparse de estas pruebas y del análisis de las mismas que figura en los Dictámenes del SCVPH. Al desestimar sumariamente de la forma en que lo hizo las pruebas sobre el uso indebido o abuso en la administración de las hormonas y las conclusiones consiguientes que figuraban en los Dictámenes del SCVPH, el Grupo Especial aplicó incorrectamente el párrafo 1 del artículo 5 y la definición de "evaluación del riesgo" del Anexo A del *Acuerdo MSF*, según los ha interpretado el Órgano de Apelación.

554. Los Estados Unidos y el Canadá sostienen que no hay incentivos económicos para no cumplir las buenas prácticas veterinarias, por ejemplo, administrando mayores dosis de hormonas al ganado bovino.[1152] Se trata de algo que el Grupo Especial pudo haber examinado, pero no lo hizo. Por lo tanto, no puede justificar la forma inadecuada en que el Grupo Especial trató la cuestión.

555. En consecuencia, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en relación con los riesgos de uso indebido y abuso en la administración de hormonas al ganado con fines de estimulación del crecimiento.

3. El requisito de especificidad del Grupo Especial

556. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que las Comunidades Europeas habían actuado de manera incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 del

[1150] Dictamen de 1999, página 30.
[1151] Dictamen de 2002, página 12.
[1152] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 87; y respuestas de los Estados Unidos a preguntas formuladas en la audiencia.

Acuerdo MSF al no haber evaluado específicamente los riesgos derivados de los residuos de estradiol-17β en la carne de bovinos tratados con esta hormona para estimular el crecimiento. Las Comunidades Europeas aducen "que en ninguna etapa identificó correctamente el Grupo Especial lo que el Órgano de Apelación constató que faltaba en las evaluaciones del riesgo llevadas a cabo a efectos de la Directiva 96/22/CE en la diferencia inicial sobre las hormonas".[1153]

557. Basándose en las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*, el Grupo Especial observó que "una evaluación del riesgo requiere en este caso no una evaluación general del potencial carcinogénico de categorías enteras de hormonas sino que debe incluir un examen de los residuos de esas hormonas presentes en la carne procedente del ganado al que se habían administrado hormonas con fines de promoción del crecimiento".[1154] El Grupo Especial mencionó también la constatación del Órgano de Apelación en *Japón - Manzanas* de que "una evaluación del riesgo debe referirse en general al daño en cuestión así como al agente preciso que podría causar el daño"[1155], y su explicación de que "una evaluación del riesgo debe poner en relación la posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales con un antecedente o causa".[1156] El Grupo Especial llegó a la conclusión siguiente:

> [L]as Comunidades Europeas debían evaluar la posibilidad de que el efecto perjudicial identificado se produjera u originara por, o resultara de, la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne o los productos cárnicos como consecuencia del tratamiento del ganado con esa hormona con fines de estimulación del crecimiento.[1157]

558. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial exigió indebidamente la demostración de efectos *reales*, mientras que el Órgano de Apelación había exigido una simple demostración de la *posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales*.[1158] La alegación de las Comunidades Europeas es infundada. En la declaración citada *supra*, el Grupo Especial se centró en la *posibilidad* de que los efectos perjudiciales pudieran derivarse del consumo de carne de bovinos tratados con estradiol-17β. El criterio que articuló el Grupo Especial es compatible con la definición de la expresión "evaluación del riesgo" que figura en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* y

---

[1153] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 341.

[1154] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.511; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.483 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200).

[1155] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.512; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.484 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 202). (no se reproducen las cursivas)

[1156] *Ibid.* (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, nota 372 al párrafo 202).

[1157] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.513; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.485.

[1158] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 261.

con la interpretación del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*. En esa diferencia las Comunidades Europeas presentaron varios estudios científicos y opiniones de distintos científicos que indicaban que las hormonas objeto de litigio en ese asunto tenían "potencial carcinogénico".[1159] Sin embargo, el Órgano de Apelación constató que esos estudios no cumplían los requisitos del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* por lo siguiente:

> 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 bovinos a los que se había 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.[1160]

559. La definición de evaluación del riesgo en el párrafo 4 del Anexo A, según la ha interpretado el Órgano de Apelación, exigía a las Comunidades Europeas que hicieran una evaluación del riesgo que tratara el riesgo específico en cuestión. El riesgo concreto que evaluaban las Comunidades Europeas en este caso eran la posibilidad de efectos neurobiológicos, en el desarrollo, reproductivos e inmunológicos, al igual que la inmunotoxicidad, la genotoxicidad y la carcinogenicidad[1161] derivados de la presencia de residuos de estradiol-17β encontrados en la carne obtenida de bovinos a los que se había administrado esta hormona para estimular el crecimiento. Aunque las Comunidades Europeas tienen razón al aducir que no estaban obligadas a demostrar que estos efectos perjudiciales para la salud se producirían realmente, estaban sin embargo obligadas a demostrar que estos efectos perjudiciales podían derivarse de la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne de ganado tratado con esa sustancia. A nuestro juicio, esto es lo que exigió el Grupo Especial cuando examinó si las Comunidades Europeas habían "evalua[do] la posibilidad de que el efecto perjudicial identificado ... resultara de [] la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne o los productos cárnicos como consecuencia del tratamiento del ganado con esa hormona con fines de estimulación del crecimiento".[1162]

[1159] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 199.

[1160] *Ibid.*, párrafo 200.

[1161] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.508; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.480 (donde se hace referencia al Dictamen de 1999, página 72).

[1162] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.513; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.485.

560. Las Comunidades Europeas aducen también que el Grupo Especial incurrió en error al exigir una demostración de "causalidad directa", lo cual, según las Comunidades Europeas, constituye "una interpretación muy restringida" por el Grupo Especial de la definición de evaluación del riesgo del párrafo 4 del Anexo A.[1163]

561. En *Japón - Manzanas*, el Órgano de Apelación explicó lo siguiente:

> De hecho, opinamos que, con carácter general, el "riesgo" no puede normalmente entenderse sólo en términos de la enfermedad o de los efectos perjudiciales que puedan resultar de ella. Antes bien, una evaluación del riesgo debe poner en relación la posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales con un antecedente o causa. Por ejemplo, la referencia en abstracto al "riesgo de cáncer" no es en y por sí misma significativa en el marco del *Acuerdo MSF*; no obstante, cuando se hace referencia al "riesgo de cáncer por fumar cigarrillos", se atribuye contenido a ese riesgo específico.[1164]

562. El riesgo específico que evalúan las Comunidades Europeas es la posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales para la salud derivados del consumo de residuos de estradiol-17β presentes en la carne tratada con esta hormona para estimular el crecimiento. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación exigió una evaluación "[d]el potencial cancerogénico o genotóxico de los residuos de las hormonas"[1165] en cuestión encontrados en la carne de ganado al que se habían administrado las hormonas. En este caso, las Comunidades Europeas tenían que evaluar si existe una relación causal entre el consumo de carne de bovinos tratados con estradiol-17β y la posibilidad de que se produzcan efectos perjudiciales para la salud. Esto no significa que las Comunidades Europeas estuvieran obligadas a establecer una relación causal directa entre la posibilidad de que se produjeran efectos perjudiciales para la salud y los residuos de estradiol-17β en la carne de bovino. Para cumplir los requisitos del párrafo 1 del artículo 5 y del Anexo A del *Acuerdo MSF*, bastaba que las Comunidades Europeas demostraran que la exposición adicional de las personas a residuos de estradiol-17β en la carne de bovinos tratados es uno de los factores que contribuyen a los posibles efectos perjudiciales para la salud. Las Comunidades Europeas no estaban obligadas a aislar la contribución realizada por los residuos de estradiol-17β en la carne de bovinos tratados con la hormona para estimular el crecimiento de las contribuciones realizadas por otras fuentes.[1166] Cuando múltiples factores pueden contribuir a un riesgo específico, el evaluador del riesgo no está obligado a

[1163] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 260.
[1164] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, nota 372 al párrafo 202.
[1165] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 200.
[1166] A este respecto, recordamos que, en *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación consideró 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". (*Ibid.*, párrafo 221.) Señaló también que con respecto a estas últimas la actuación reguladora "entraña[ría] una intervención estatal tan completa y masiva en la naturaleza y en las vidas ordinarias de la población" que reduciría la comparación de estos dos tipos de hormonas "a un absurdo". (*Ibid*.)

diferenciar la contribución individual de cada factor. El párrafo 1 del artículo 5 exige que las medidas sanitarias y fitosanitarias deben basarse en una evaluación del riesgo "adecuada a las circunstancias", lo que da a entender que la investigación científica que conlleva una evaluación del riesgo ha de tener debidamente en cuenta las dificultades metodológicas concretas que presenten la naturaleza y las características de la sustancia y el riesgo específicos que se estén evaluando. Sin embargo, eso no exime al evaluador del riesgo de evaluar si existe una relación entre la sustancia específica que se está evaluando y la posibilidad de que puedan surgir efectos perjudiciales para la salud.

563. Por último, no nos resulta convincente la sugerencia de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial exigió pruebas en seres humanos para evaluar específicamente los riesgos relacionados con el consumo de carne de bovinos tratados con estradiol-17β.[1167] No consideramos que esta sea una consecuencia necesaria del análisis que hizo el Grupo Especial. No hay ninguna indicación en el informe del Grupo Especial que sugiera que la evaluación no pudiera seguir adelante basándose en experimentos con animales de laboratorio y extrapolando los resultados a los seres humanos, o por otros medios. Indudablemente, cuando una sustancia puede ser potencialmente tóxica, obligar a un Miembro de la OMC a que evalúe específicamente los riesgos mediante el consumo real de la sustancia por las personas no sería ético ni "adecuad[o] a las circunstancias" en el sentido del párrafo 1 del artículo 5.

564. Por estas razones, constatamos que el Grupo Especial no incurrió en error al exigir una evaluación específica de los riesgos derivados de la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne o los productos cárnicos de bovinos tratados con la hormona con fines de estimulación del crecimiento.[1168]

565. Las Comunidades Europeas esgrimen otros dos argumentos relativos al requisito de especificidad. En primer lugar, afirman que el análisis del Grupo Especial y el criterio jurídico que utilizó "son simplemente una excusa para permitir [al] Grupo[] Especial[] decidir *cuál es a su juicio la ciencia correcta*, no para determinar si los testimonios científicos evaluados en los Dictámenes del SCVPH *trataron* '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 bovinos a los que se había administrado [estradiol-17β] con el fin de estimular el crecimiento' *y se concentraron en él*,- como indicó el Órgano de Apelación en el asunto inicial".[1169] En segundo lugar, las Comunidades Europeas aducen que, como los Dictámenes del SCVPH demostraban que el estradiol-17β es un "carcinógeno

[1167] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 263.
[1168] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.513; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.485.
[1169] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 341. (las cursivas figuran en el original)

completo al ejercer efectos de iniciación y promoción de tumores", "hay que concluir que no se podía presentar una estimación cuantitativa del riesgo relacionado con los residuos en la carne".[1170] Según las Comunidades Europeas, "[e]sta conclusión basta para demostrar que los Dictámenes trataron muy específicamente el tipo particular de riesgo de que se trata, a saber, el potencial cancerogénico y genotóxico de los residuos de las hormonas encontrados en la carne de bovinos a los que se había administrado [estradiol-17β] con el fin de estimular el crecimiento, y se concentraron en él como indicó el Órgano de Apelación".[1171] A nuestro juicio, estos dos argumentos se refieren a la norma de examen que aplicó el Grupo Especial y a la evaluación de las pruebas de que disponía. Examinamos este aspecto de la apelación de las Comunidades Europeas en la sección VI.D.6.

4. Cuantificación del riesgo

566. Pasamos seguidamente a examinar la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error al exigir la cuantificación de los riesgos derivados del consumo de carne que contiene residuos de estradiol-17β. Las Comunidades Europeas afirman que, al referirse a "la posible aparición" ("*potential occurrence*")[1172] de efectos perjudiciales cuando formuló preguntas a los expertos, el Grupo Especial, procediendo incorrectamente, "impuso a las Comunidades Europeas un método cuantitativo de evaluación del riesgo tomado del Codex Alimentarius y el JECFA".[1173]

567. En *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación sostuvo lo siguiente:

> 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". "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.[1174] (no se reproduce la nota de pie de página)

568. El Órgano de Apelación dijo además lo siguiente:

> 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", 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

[1170] *Ibid.*, párrafo 337.
[1171] *Ibid.* (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)
[1172] *Ibid.*, párrafo 346.
[1173] *Ibid.*, párrafo 308.
[1174] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 184.

> 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 para la salud. 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 5. 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*.[1175] (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas de pie de página)

569. Aunque la definición de evaluación del riesgo no obliga a los Miembros de la OMC a establecer una magnitud mínima de riesgo, sin embargo resulta difícil entender el concepto de riesgo como carente de toda indicación de potencialidad. La evaluación del riesgo tiene por objeto identificar efectos perjudiciales y evaluar la posibilidad de que esos efectos se produzcan. Esto diferencia un riesgo verificable de la incertidumbre teórica. Sin embargo, no es necesario expresar la evaluación del riesgo numéricamente o como una cuantificación mínima del nivel de riesgo. También somos conscientes de que la evaluación del riesgo de que se trata en este caso se refiere a los *posibles* efectos perjudiciales de conformidad con la segunda frase del párrafo 4 del Anexo A, y no a una evaluación de la probabilidad con arreglo a la primera frase del párrafo 4.[1176]

570. La impugnación que hacen las Comunidades Europeas en este caso se refiere directamente a la siguiente pregunta que el Grupo Especial planteó a los expertos científicos:

> El Grupo Especial preguntó específicamente a los expertos si los dictámenes de las [Comunidades Europeas] identificaban los posibles efectos perjudiciales para la salud humana, entre ellos el potencial cancerígeno y genotóxico, de los residuos de estradiol-17β encontrados en la carne del vacuno al que se había administrado esta hormona a fin de promover el crecimiento, de conformidad con las buenas prácticas

[1175] *Ibid.*, párrafo 186. Del mismo modo, en *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación se refirió a la primera frase de la definición de "evaluación del riesgo" que figura en el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, y señaló que el *Acuerdo MSF* "no requiere que la evaluación de la probabilidad se haga cuantitativamente. La probabilidad puede expresarse en términos cuantitativos o cualitativos". (Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 124.)

[1176] El Órgano de Apelación constató en *CE - Hormonas* que el término "*potential*" ("posibles" en la versión española) en la segunda frase del párrafo 4 del Anexo A se refiere a la "posibilidad" de que se produzcan efectos perjudiciales, lo que implica un grado menor de potencialidad que "probabilidad". (Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 184.)

> veterinarias, y hasta qué punto los dictámenes evaluaban la posible aparición de esos efectos perjudiciales.[1177]

571. Las Comunidades Europeas no consideran que esta formulación sea "problemática" en sí misma. No obstante, aducen que si se interpreta que esta formulación obliga a un Miembro a especificar cuantitativamente "hasta qué punto ha evaluado *la posible aparición* ("*potential occurrence*") de esos efectos perjudiciales"[1178], se daría lugar a un error de derecho. Las Comunidades Europeas sostienen que así es precisamente como el Grupo Especial abordó la cuestión y como propuso a los expertos que analizaran los Dictámenes del SCVPH.[1179]

572. Como reconocen las Comunidades Europeas, "del sentido corriente de la expresión 'posible aparición' no se desprende inmediatamente una dimensión cuantitativa".[1180] Se puede interpretar que la expresión "posible aparición de efectos perjudiciales" se refiere a la posibilidad de que puedan aparecer efectos perjudiciales, sin exigir necesariamente que ello se exprese numéricamente. Esta interpretación sería compatible con la definición de "evaluación del riesgo" del párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, como la ha interpretado el Órgano de Apelación. Además, sería compatible con la opinión del Órgano de Apelación de que la "incertidumbre teórica"[1181] no es el tipo de riesgo que ha de evaluarse a tenor del párrafo 1 del artículo 5, sino que el riesgo que ha de evaluarse debe ser un riesgo "verificable".[1182] En este sentido, estamos de acuerdo con el Canadá en que "[e]xaminar los 'posibles' efectos perjudiciales es preguntar si esos efectos perjudiciales podrían producirse alguna vez".[1183]

573. Otras declaraciones del Grupo Especial confirman que no exigió que la posibilidad de que se produjeran los riesgos se expresara numéricamente. Por ejemplo, el Grupo Especial tomó nota de la constatación del Órgano de Apelación "de que en una evaluación del riesgo pueden tenerse en cuenta 'cuestiones no susceptibles de un análisis cuantitativo por los métodos de laboratorio empíricos o

---

[1177] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.521; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.493.

[1178] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 344 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.521; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.493). (las cursivas figuran en el original)

[1179] *Ibid.*, párrafo 344. (no se reproduce la nota de pie de página)

[1180] *Ibid.*, párrafo 346.

[1181] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 186.

[1182] En *Japón - Manzanas*, el Órgano de Apelación advirtió, no obstante, que la "prudencia científica" "no se debe 'asimilar completamente' a la incertidumbre teórica". (Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 241.)

[1183] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 107. (el subrayado figura en el original)

experimentales comúnmente vinculados a las ciencias físicas'".[1184] El Grupo Especial dijo también que "debe determinar si las Comunidades Europeas evaluaron la *posibilidad* de que los efectos perjudiciales identificados se produjeran o se originaran por, o resultaran de, la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne o los productos cárnicos como consecuencia del tratamiento del ganado con la hormona con fines de promoción del crecimiento".[1185]

574. Las Comunidades Europeas destacan además la utilización por el Grupo Especial del término "magnitud" en la siguiente declaración:

> En efecto, el hecho de que un Miembro considere que su población debe estar o no expuesta a un riesgo determinado, o a qué nivel, no es pertinente para determinar si existe un riesgo o cuál es su magnitud. *A fortiori*, no debería tener ningún efecto en la determinación de si hay testimonios suficientes de la existencia y la magnitud de este riesgo.
>
> Un Miembro que tenga aversión a asumir riesgos puede inclinarse a adoptar una posición de protección cuando considere la medida que ha de adoptarse. Sin embargo, la determinación de si los testimonios científicos son suficientes para evaluar la existencia y la magnitud de un riesgo deben desconectarse del nivel deseado de protección.[1186] (sin subrayar en el original)

Observamos que el Grupo Especial hizo estas declaraciones al analizar la compatibilidad de la prohibición provisional impuesta por las Comunidades Europeas respecto de las otras cinco hormonas y, por lo tanto, no las hizo en el contexto del examen de la prohibición de importación impuesta por las Comunidades Europeas a la carne de bovinos tratados con estradiol-17β. No obstante, recordamos que una "evaluación del riesgo" entraña una indicación de la potencialidad, aunque no sea necesario expresarla numéricamente o como una cuantificación mínima del nivel de riesgo. En este sentido, consideramos que la referencia del Grupo Especial a la palabra "magnitud" no basta para demostrar que éste interpretó incorrectamente que el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A exigen una evaluación cuantitativa del riesgo.

575. Por estas razones, consideramos que la referencia del Grupo Especial a la "posible aparición" ("*potential occurrence*") de efectos perjudiciales para la salud se puede interpretar de manera compatible con la definición de evaluación del riesgo que figura en el párrafo 4 del Anexo A del

---

[1184] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.520; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.492 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 187).

[1185] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.520; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.492. (sin cursivas en el original)

[1186] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.611 y 7.612; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.589 y 7.590.

Acuerdo MSF, como la ha interpretado el Órgano de Apelación. Por consiguiente, desestimamos la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial interpretó incorrectamente el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* en el sentido de que exigían una cuantificación del riesgo.

5. Carga de la prueba

576. A continuación examinamos la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error al asignar incorrectamente la carga de la prueba. Las Comunidades Europeas aducen que el hecho de que ellas sean la parte reclamante en esta diferencia "no altera la norma básica relativa a la carga de la prueba con arreglo al *Acuerdo MSF*".[1187] Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial "incurrió en error de derecho al desplazar la carga de la prueba a las Comunidades Europeas sin examinar antes, disposición por disposición del *Acuerdo MSF*, como exigía el Órgano de Apelación, si los argumentos de los Estados Unidos y del Canadá tenían mérito suficiente para desplazar nuevamente la carga de la prueba a las Comunidades Europeas".[1188]

577. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial hizo lo correcto al asignar inicialmente a las Comunidades Europeas la carga de probar su alegación de que los Estados Unidos actuaron de manera incompatible con el párrafo 8 del artículo 22 del ESD. Los Estados Unidos consideran que el Grupo Especial constató debidamente que la alegación de las Comunidades Europeas se basaba en la afirmación de las Comunidades Europeas de que con la Directiva 2003/74/CE habían puesto su medida en conformidad con el *Acuerdo MSF*. Por esta razón, el Grupo Especial actuó correctamente al asignar a las Comunidades Europeas la carga de establecer una presunción de conformidad con el *Acuerdo MSF*, inclusive con el párrafo 1 del artículo 5 de ese Acuerdo. Los Estados Unidos aceptan que, una vez que el Grupo Especial constató que las Comunidades Europeas habían establecido esa presunción, la carga de la prueba se desplazó a los Estados Unidos. Sin embargo, a continuación el Grupo Especial constató correctamente que los Estados Unidos habían refutado la presunción de conformidad establecida por las Comunidades Europeas mediante pruebas positivas de infracción del *Acuerdo MSF*. Basándose en esto, los Estados Unidos sugieren que "la carga se desplazó repetidamente de una parte a la otra, y en última instancia ambas se 'neutralizaron', dado que cada parte presentó también pruebas en apoyo de sus alegaciones".[1189]

[1187] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 286.
[1188] *Ibid.*, párrafo 294.
[1189] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 94 (remitiéndose al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386).

578. El Canadá está de acuerdo con los Estados Unidos en que recae en las Comunidades Europeas la carga de probar que han suprimido la medida incompatible con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.[1190] El Canadá afirma que, para demostrar que la suspensión de concesiones ya no está justificada, las Comunidades Europeas deben establecer que han puesto su medida en conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

579. El Grupo Especial explicó del siguiente modo cómo asignaría la carga de la prueba:

> Con respecto a la infracción del párrafo 8 del artículo 22 como tal, el Grupo Especial ha considerado que no tenía en principio ninguna razón para abordar la carga de la prueba de manera diferente que otros grupos especiales establecidos en virtud del artículo 6 del ESD. En efecto, como indicó el propio reclamante, este asunto se refiere a una medida adoptada por [los Estados Unidos y el Canadá]. El hecho de que esta diferencia tenga lugar en el contexto del supuesto cumplimiento por las [Comunidades Europeas] de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas* no debería tener ninguna repercusión en la cuestión de la carga de la prueba con respecto a la *alegación* real ante nosotros. Esto significa que se aplican los principios *supra* identificados por el Órgano de Apelación y que las Comunidades Europeas deben demostrar su alegación de que [los Estados Unidos y el Canadá] infringen el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.
>
> Sin embargo, una de las particularidades de este caso es que la alegación de las [Comunidades Europeas] de infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD por [los Estados Unidos y el Canadá] está basada en la supresión de la medida de las [Comunidades Europeas] declarada incompatible con el *Acuerdo MSF*. En otras palabras, para demostrar que [los Estados Unidos y el Canadá] han infringido el párrafo 8 del artículo 22, las Comunidades Europeas alegan también que su medida de aplicación está en sí misma en conformidad con el *Acuerdo MSF*.
>
> En teoría, esto no debería plantear ninguna dificultad en términos de la carga de la prueba, dado que está bien establecido que cada parte debe probar sus propias alegaciones. Sin embargo, estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que, en un caso como éste, ello podría generar para el reclamante al comienzo de las actuaciones una situación equivalente a tener que demostrar "algo negativo", dado que la gama de disposiciones respecto de las cuales podría tener que examinarse la legalidad de la medida de las [Comunidades Europeas] sigue siendo muy amplia en tanto que el demandado no ha hecho sus propias alegaciones de incompatibilidad de la medida de aplicación. Sin embargo, recordamos que hemos constatado antes que las Comunidades Europeas disfrutaban de una presunción de cumplimiento de buena fe, aunque esa presunción es refutable ante este Grupo Especial. En el momento en que las Comunidades Europeas hicieron una acreditación *prima facie* gracias a la presunción de cumplimiento de buena fe, pasó a los [Estados Unidos y el Canadá] la carga de refutar esa presunción. Recordamos que "... una acreditación *prima facie* es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie en favor del reclamante que efectúe la acreditación *prima facie*". Creemos que los [Estados Unidos y el Canadá] refutaron suficientemente la alegación de cumplimiento de las

[1190] Respuestas del Canadá a las preguntas formuladas en la audiencia.

> [Comunidades Europeas] en su Primera comunicación escrita mediante pruebas positivas de quebrantamiento del *Acuerdo MSF* por las Comunidades Europeas. En sus comunicaciones posteriores al Grupo Especial, las Comunidades Europeas respondieron a las alegaciones de infracción de los [Estados Unidos y el Canadá]. Así pues, las Comunidades Europeas nunca tuvieron que demostrar realmente "algo negativo" en este caso.
>
> Si bien las presunciones basadas en la buena fe de que disfruta cada parte pueden haber desempeñado un papel en la carga de la prueba en las primeras etapas de las actuaciones del Grupo Especial, éste opina que en última instancia ambas se "neutralizaron", dado que cada parte presentó también pruebas en apoyo de sus alegaciones. En última instancia, cada una de las partes debió demostrar sus alegaciones específicas en respuesta a las pruebas presentadas por la otra parte. Posteriormente, al considerar si una alegación había sido o no demostrada, el Grupo Especial siguió la práctica de otros grupos especiales de valorar todas las pruebas que tenía ante sí.[1191] (las cursivas figuran en el original; no se reproducen las notas de pie de página)

580. En la sección IV explicamos que este asunto se refiere a un desacuerdo sobre la compatibilidad de una medida adoptada con el fin de cumplir y que, por consiguiente, debería haberse planteado en el marco del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Explicamos también cómo debería haberse asignado la carga de la prueba si se hubiese planteado la diferencia en el marco del párrafo 5 del artículo 21. Aunque este procedimiento no se planteó en el marco de dicho párrafo, el Grupo Especial señaló que "cumplió funciones similares a las de un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21".[1192] Las Comunidades Europeas debieron dar una descripción clara de su medida de aplicación, así como una explicación adecuada de cómo rectifica dicha medida las incompatibilidades constatadas en el procedimiento inicial, con objeto de que el Grupo Especial estuviese en condiciones de hacer una evaluación objetiva del asunto y, en caso de que no hubiese réplica, pronunciarse a favor del demandado inicial. Por consiguiente, en la medida en que el Grupo Especial no asignó la carga de la prueba de conformidad con los principios esbozados *supra*, en su análisis de si la Directiva 2003/74/CE cumplía las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* constatamos que el Grupo Especial incurrió en error.

581. Además, encontramos varios motivos adicionales de preocupación en el análisis del Grupo Especial. En primer lugar, como hemos indicado en la sección IV, no creemos que fuera suficiente que las Comunidades Europeas basaran sus argumentos en virtud del párrafo 8 del artículo 22 en una presunción de buena fe. Cabe suponer que las Comunidades Europeas actuaron de buena fe al adoptar

---

[1191] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.383-7.386; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.380-7.383.

[1192] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.376; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.373.

la Directiva 2003/74/CE, pero esto no responde a la cuestión de si mediante la Directiva 2003/74/CE se aseguró un cumplimiento sustantivo. Por tanto, era incorrecto que el Grupo Especial se basase en una presunción de cumplimiento de buena fe para determinar la asignación de la carga de la prueba y constatar que las Comunidades Europeas hicieron una acreditación *prima facie*.

582. En segundo lugar, nos resulta difícil seguir el razonamiento en el que se basa la conclusión del Grupo Especial de que las presunciones de buena fe de que gozó cada parte "en última instancia ambas se 'neutralizaron'" y que "[e]n última instancia, cada una de las partes debió demostrar sus alegaciones específicas en respuesta a las pruebas presentadas por la otra parte".[1193] La declaración es ambigua en lo que se refiere a qué parte hizo cada alegación y a cómo se asignó la carga de la prueba. En la sección en que describe el alcance de su examen y delimita su mandato, el Grupo Especial declara que, en comunicaciones posteriores a su Primera comunicación escrita, "las Comunidades Europeas han aducido la compatibilidad de su medida de aplicación con las disposiciones a que se hace referencia en la cita que antecede (a saber, los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*)".[1194] Sin embargo, unos párrafos más adelante, el Grupo Especial se refiere a la alegación de incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* como una alegación formulada por los Estados Unidos y el Canadá.[1195] Es así difícil entender a qué parte correspondía la carga de probar cada alegación.

583. En tercer lugar, observamos la declaración del Grupo Especial de que los Estados Unidos y el Canadá "refutaron suficientemente la alegación de cumplimiento de las [Comunidades Europeas] en su Primera comunicación escrita mediante pruebas positivas de infracción del *Acuerdo MSF* por las Comunidades Europeas".[1196] Esta declaración se hizo antes de que el Grupo Especial hubiese analizado la conformidad de la Directiva 2003/74/CE con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En su comunicación del apelante, las Comunidades Europeas se manifiestan en desacuerdo con esta afirmación y aducen que el Grupo Especial debería haber examinado antes, "disposición por disposición", "si los argumentos de los Estados Unidos y del Canadá tenían mérito suficiente para desplazar nuevamente la carga de la prueba a las Comunidades Europeas".[1197] Estamos de acuerdo en que el Grupo Especial actuó apresuradamente al afirmar que los Estados Unidos y el Canadá habían logrado refutar la alegación relativa al cumplimiento formulada por las Comunidades Europeas antes

[1193] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.383.
[1194] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.400; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.397.
[1195] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.405; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.398.
[1196] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.385; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.382.
[1197] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 294.

de que el Grupo Especial hubiera abordado su examen de la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el *Acuerdo MSF*.

584. Por consiguiente, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error al asignar la carga de la prueba en su evaluación de la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Analizamos las consecuencias de este error en la sección E, *infra*.

6. Formulación y aplicación por el Grupo Especial de la norma de examen en el marco del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

585. A continuación examinamos la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error en cuanto a la norma que aplicó al examinar si la Directiva 2003/74/CE se basaba en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial trató de determinar "cuáles son las conclusiones científicas correctas"[1198] con respecto a las hormonas en cuestión. Añaden que, en lugar de determinar si "se encuentra en la comunidad científica pertinente un apoyo digno de crédito de la determinación hecha por las Comunidades Europeas a la luz del nivel de protección que han elegido"[1199], el Grupo Especial decidió "convertirse en jurado de la información científica correcta ... y elegir de manera arbitraria entre las opiniones en conflicto y contradictorias de los expertos".[1200] Como resultado de ello, el Grupo Especial realizó indebidamente un examen *de novo* de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas, y no tuvo en cuenta puntos de vista divergentes entre los expertos que reflejaban una "controversia científica auténtica y legítima"[1201] en relación con tres cuestiones concretas: la exposición de las personas a hormonas de múltiples fuentes endógenas y exógenas, la genotoxicidad del estradiol-17β y la especificidad o causalidad directa.[1202]

586. Los Estados Unidos y el Canadá consideran que el Grupo Especial identificó y aplicó la norma de examen correcta a los hechos que tenía ante sí, y sostienen que el Grupo Especial no se excedió de los límites de sus facultades discrecionales en tanto instancia que decide sobre los hechos al ponderar y determinar la credibilidad que debía atribuirse a las opiniones de los expertos científicos.

587. Exponemos nuestras opiniones sobre la norma de examen aplicable antes de pasar a examinar la evaluación que hizo el Grupo Especial de la Directiva 2003/74/CE. Las Comunidades Europeas alegan que la norma de examen aplicable limita el mandato de los grupos especiales a determinar si

---

[1198] *Ibid.*, párrafo 240.
[1199] *Ibid.*
[1200] *Ibid.*, párrafo 239. (no se reproducen las cursivas)
[1201] *Ibid.*, párrafo 248.
[1202] *Ibid.*

hay un "fundamento científico razonable" para la medida sanitaria o fitosanitaria.[1203] Los Estados Unidos y el Canadá se oponen a esa norma. Recordamos que en *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación rechazó el argumento de las Comunidades Europeas de que el *Acuerdo MSF* permite aplicar una "norma de 'razonabilidad' deferente" a "todas las situaciones fácticas sumamente complejas, incluida la evaluación de los riesgos para la salud humana resultantes de las toxinas y los contaminantes".[1204] El Órgano de Apelación señaló que la norma de examen aplicable "debe [...] reflejar el equilibrio que establece [el *Acuerdo MSF*] entre la competencia jurisdiccional conferida por los Miembros a la OMC y la competencia jurisdiccional que los Miembros se han reservado para ellos", y concluyó que el artículo 11 del ESD "expresa en forma muy sucinta, pero con suficiente claridad, la norma de examen adecuada para los Grupos Especiales"[1205] que examinen la evaluación de los hechos con arreglo al *Acuerdo MSF*.

588. El pasaje pertinente del artículo 11 del ESD establece lo siguiente:

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

589. El Órgano de Apelación ha observado que, en cuanto a las constataciones fácticas de los grupos especiales, la norma aplicable "no es un examen *de novo* propiamente dicho, ni la 'deferencia total', sino más bien 'una evaluación objetiva de los hechos'".[1206] Asimismo, explicó que, aunque los grupos especiales "se encuentran [...] con pocos recursos para emprender [...] exámenes [*de novo*]", "una política de total deferencia frente a las conclusiones de las autoridades nacionales no podría asegurar una 'evaluación objetiva' como la prevista en el artículo 11 del ESD".[1207]

590. Un grupo especial que examina la compatibilidad de una medida sanitaria o fitosanitaria con el párrafo 1 del artículo 5 debe determinar si la medida en cuestión se "basa en" una evaluación del riesgo. Corresponde al Miembro de la OMC la tarea de realizar la evaluación del riesgo. La tarea del grupo especial es examinar esa evaluación del riesgo. 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

---

[1203] *Ibid.*, párrafo 243.
[1204] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 113 y 114.
[1205] *Ibid.*, párrafos 115 y 116.
[1206] *Ibid.*, párrafo 117.
[1207] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Ropa interior*, párrafo 7.10).

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.

591. El Órgano de Apelación ha observado que un Miembro de la OMC puede basar una medida sanitaria o fitosanitaria en opiniones divergentes o minoritarias, siempre que esas opiniones provengan de fuentes competentes y respetadas.[1208] Esto debe tenerse en cuenta al definir la norma de examen de los grupos especiales. Por consiguiente, un grupo especial que examina la compatibilidad de una medida sanitaria o fitosanitaria con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* debe, en primer lugar, identificar el fundamento científico que sirvió de base para la adopción de la medida. No es necesario que este fundamento científico refleje la opinión mayoritaria de la comunidad científica, y puede reflejar opiniones divergentes o minoritarias. Una vez identificado el fundamento científico en el que se basa la medida sanitaria o fitosanitaria, el grupo especial debe comprobar si el fundamento científico proviene de una fuente respetada y competente. Aunque no es necesario que el fundamento científico represente la opinión mayoritaria de la comunidad científica, debe tener el rigor científico y metodológico necesario para que se considere información científica digna de crédito. En otras palabras, aunque no es necesario que la comunidad científica en general considere correctas las opiniones, esas opiniones deben ser consideradas legítimamente científicas con arreglo a las normas de la comunidad científica de que se trate. Los grupos especiales también deben evaluar si el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente. En otras palabras, los grupos especiales deben examinar si las conclusiones concretas extraídas por el Miembro que evalúa el riesgo encuentran suficiente respaldo en los testimonios científicos en los que se han basado. Por último, los grupos especiales deben determinar si los resultados de la evaluación del riesgo "justifican suficientemente" la medida sanitaria o fitosanitaria en cuestión.[1209] En este sentido, una vez más, no es necesario que el fundamento científico citado para justificar la medida sanitaria o fitosanitaria refleje la opinión mayoritaria de la comunidad científica, siempre que provenga de una fuente competente y respetada.

592. Los grupos especiales pueden y deben basarse en el asesoramiento de expertos al examinar las medidas sanitarias y fitosanitarias de los Miembros de la OMC, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF* y con el párrafo 1 del artículo 13 del ESD. Sin embargo, al hacerlo, los grupos especiales deben respetar el derecho de las partes a las debidas garantías procesales.[1210] Los grupos especiales no pueden tampoco apoyarse en los expertos para ir más allá de los límites de su mandato de examen. El objetivo de la consulta de los grupos especiales con los expertos no es

[1208] *Ibid.*, párrafo 194.
[1209] *Ibid.*, párrafo 193.
[1210] Véase *supra*, sección V.

hacer su propia evaluación del riesgo. El papel de los expertos debe reflejar las limitaciones de la tarea del grupo especial. El grupo especial puede solicitar la asistencia de expertos para identificar el fundamento científico de una medida sanitaria o fitosanitaria y verificar que dicho fundamento científico procede de una fuente competente y respetada, independientemente de que represente el punto de vista minoritario o mayoritario. También puede recurrir a expertos para examinar si el razonamiento formulado sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente, y si las conclusiones concretas extraídas por el Miembro que evalúa el riesgo tienen suficiente respaldo en las pruebas. También puede consultarse a los expertos sobre la relación entre la evaluación del riesgo y la medida sanitaria o fitosanitaria para que ayuden al grupo especial a determinar si la evaluación del riesgo "justifica suficientemente" la medida. Las consultas a los expertos no deben, sin embargo, tener por objeto comprobar si éstos habrían hecho la evaluación del riesgo de la misma manera y habrían llegado a las mismas conclusiones que el evaluador del riesgo. En otras palabras, la asistencia de los expertos está limitada por el tipo de examen que el grupo especial debe realizar.

593. En el presente caso, el Grupo Especial identificó correctamente que el artículo 11 del ESD establecía la norma de examen aplicable a su examen de la compatibilidad de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1211] El Grupo Especial también hizo referencia a la orientación proporcionada por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* en relación con la norma de examen.[1212] Hizo referencia asimismo a la interpretación del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* desarrollada por el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas* y reconoció que las evaluaciones del riesgo pueden basarse en opiniones minoritarias o divergentes.[1213]

594. A continuación, el Grupo Especial hizo referencia a sus consultas con expertos científicos, e indicó que había consultado con seis expertos científicos en forma individual y no como un grupo de examen. El Grupo Especial declaró lo siguiente:

> Aunque el Grupo Especial no está haciendo su propia evaluación del riesgo, su situación es similar en cuanto a que puede beneficiarse de la amplia gama de

[1211] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.413; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.404.

[1212] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.414-.416; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.405-7.407.

[1213] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.417; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.408 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 194).

> opiniones de expertos y obtener así un panorama más completo de las opiniones científicas principales y las opiniones discrepantes.[1214]

595. La analogía que establece el Grupo Especial entre su situación y la de un evaluador del riesgo es desafortunada, pero no es en sí misma indicio suficiente de que el Grupo Especial haya entendido incorrectamente la norma de examen aplicable. No creemos que el Grupo Especial haya querido sugerir que entendía que su tarea con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 era hacer una evaluación del riesgo. Al principio de la declaración, el Grupo Especial reconoce expresamente que "no está haciendo su propia evaluación del riesgo".

596. Posteriormente, el Grupo Especial aclaró el enfoque que adoptaría en relación con el testimonio de los expertos:

> Observamos que, en algunas circunstancias, sólo uno o dos expertos han expresado sus opiniones sobre una cuestión. Esas opiniones fueron algunas veces similares o se complementaron entre sí. En otras circunstancias, hubo un mayor número de expertos que expresaron opiniones y, a veces, opiniones discrepantes. En algunas ocasiones seguimos a la mayoría de los expertos que expresaban opiniones concurrentes, en tanto que en otras la discrepancia de opiniones era tal que no pudimos seguir ese enfoque y decidimos aceptar la posición o posiciones que nos parecían más específicas en relación con la cuestión de que se trataba y tenían más apoyo en los argumentos y las pruebas.[1215] (no se reproducen las notas de pie de página)

597. Las Comunidades Europeas sostienen que "el mero hecho de representar la mayoría no hace que la opinión mayoritaria demuestre nada".[1216] Estamos de acuerdo en que si se diera automáticamente más peso al testimonio de la mayoría de los expertos se seguiría un enfoque demasiado rígido. El hecho de que una mayoría de los expertos consultados por el Grupo Especial tenga una opinión determinada no es un fundamento adecuado para determinar si la evaluación del riesgo realizada por un Miembro de la OMC cumple las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 y el Anexo A del *Acuerdo MSF*.

598. Cuando examinamos el análisis del Grupo Especial para determinar si las Comunidades Europeas evaluaron específicamente los riesgos derivados del consumo de carne de bovinos tratados

---

[1214] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.418; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.409.

[1215] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.420; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.411. En la etapa intermedia, el Grupo Especial explicó que "en caso de discrepancia de opiniones entre los expertos, y teniendo debidamente presentes las observaciones de las partes y las aclaraciones facilitadas por los expertos en la reunión con el Grupo Especial, era racional tener en cuenta, para formar la propia opinión, las opiniones más precisas y detalladas". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.72; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.67.)

[1216] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 240.

con estradiol-17β, observamos que una parte significativa del razonamiento del Grupo Especial consiste en resúmenes de las respuestas de los expertos. Sólo tras resumir las respuestas de los expertos describe el Grupo Especial algunas de las cuestiones abordadas en el Dictamen de 1999. Dada la norma de examen aplicable y la función del grupo especial determinada por dicha norma, el análisis del Grupo Especial debería haber seguido otro curso. En primer lugar, el Grupo Especial debería haber examinado la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas. A continuación debería haber determinado si el fundamento científico en el que se basaba dicha evaluación procedía de una fuente respetada y competente. El Grupo Especial debería haber recurrido a la ayuda de los expertos científicos para confirmar que había identificado adecuadamente el fundamento científico en el que se basaba la evaluación del riesgo de las Comunidades Europeas o para determinar si ese fundamento científico procedía de una fuente respetada y competente. Debería haber solicitado también la asistencia de expertos para determinar si el razonamiento expuesto por las Comunidades Europeas sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente, de modo que las conclusiones alcanzadas en la evaluación del riesgo justifiquen suficientemente la medida sanitaria o fitosanitaria. En cambio, el Grupo Especial parece haber hecho una encuesta del asesoramiento presentado por los expertos científicos y basado sus decisiones en si la mayoría de los expertos, o la opinión razonada más a fondo o de manera más específica para la cuestión en litigio, coincidía con la conclusión a que llegaba la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas. Este enfoque no es compatible con la norma de examen aplicable en virtud del *Acuerdo MSF*.

599. El enfoque deficiente del Grupo Especial resulta evidente en su análisis de la genotoxicidad del estradiol-17β, que es una de las cuestiones clave en la evaluación del riesgo de las Comunidades Europeas.[1217] El Dictamen de 1999 hace referencia a varios estudios que investigaron la genotoxicidad del estradiol.[1218] Indica asimismo que "se ha comprobado que" determinados metabolitos del estradiol-17β "tienen una actividad directa o indirectamente genotóxica" y que "[e]sto implica que el estradiol-17β puede actuar como agente iniciador y agente promotor de tumores".[1219] El Dictamen de 1999 añade que "[p]or tanto, cualquier exposición excesiva al estradiol-17β y sus metabolitos derivada del consumo de carne y productos cárnicos representa un riesgo potencial para la salud pública, en particular para los grupos de la población identificados como particularmente sensibles, por ejemplo los menores prepúberes".[1220] Por último, el Dictamen de 1999 explica que no

[1217] Los Estados Unidos describen la cuestión de la genotoxicidad como un "elemento fundamental" de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas en relación con el estradiol-17β. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.543.)
[1218] Dictamen de 1999, páginas 39-41.
[1219] *Ibid.*, página 75.
[1220] *Ibid.*

se puede establecer un umbral para estos metabolitos genotóxicos.[1221] Las Comunidades Europeas explicaron que un "umbral" es el "nivel por debajo del cual hay que considerar que las ingestas de un residuo son inocuas".[1222]

600. La genotoxicidad del estradiol-17β se examinó también en el Dictamen de 2002, que llega a la siguiente conclusión:

> Se han publicado datos científicos convincentes que confirman el potencial mutagénico y genotóxico del estradiol-17β como consecuencia de la activación metabólica a quinonas. Los experimentos *in vitro* indican que los compuestos estrogénicos *podrían* alterar la expresión de una gama de genes.[1223] (las cursivas figuran en el original)

601. De acuerdo con el enfoque que hemos esbozado anteriormente en relación con la norma de examen aplicable, el primer paso del análisis del Grupo Especial debería haber sido 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-17β; 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 es objetivo y coherente. Como segundo paso, el Grupo Especial debería haber estudiado de manera similar la conclusión de que la genotoxicidad del estradiol-17β no permitía establecer un umbral, como sostienen las Comunidades Europeas. En ese contexto, el Grupo Especial habría solicitado la opinión de los expertos sobre si las conclusiones alcanzadas por las Comunidades Europeas están respaldadas por los testimonios científicos en los que se basaron las Comunidades Europeas (aunque la opinión científica del experto en cuestión fuese diferente).

602. En lugar de abordar en primer lugar la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas para identificar el fundamento científico de las conclusiones sobre la genotoxicidad del estradiol-17β, el Grupo Especial empieza con un resumen de las opiniones de los expertos científicos sobre este tema en general. El Grupo Especial trata de justificar su enfoque por su propia incapacidad para evaluar las pruebas:

> El Grupo Especial no está en condiciones de evaluar la información científica examinada por el SCVPH para extraer sus conclusiones. Por esta razón, consultó con

---

[1221] *Ibid.*

[1222] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 4.238. Véase igualmente el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 259 al párrafo 6.88.

[1223] Dictamen de 2002, página 21.

> un grupo de expertos científicos y les pidió que evaluaran los dictámenes de las [Comunidades Europeas] y la información científica en que se basaban.[1224]

Sin embargo, de conformidad con la norma de examen aplicable, no correspondía al Grupo Especial ni a los expertos consultados evaluar si la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas era correcta. La función del Grupo Especial era más limitada y consistía, como hemos explicado anteriormente, en identificar el fundamento científico y los testimonios científicos en los que se basaba la evaluación del riesgo; comprobar si los testimonios científicos provienen de fuentes respetadas y competentes; y determinar si el razonamiento expuesto por las Comunidades Europeas sobre la base de los testimonios científicos es objetivo y coherente.

603. El resumen de las opiniones de los expertos, que constituye la parte más extensa del razonamiento del Grupo Especial, parece muchas veces un análisis general sobre si la genotoxicidad del estradiol-17β está ampliamente aceptada por la comunidad científica en general, más que un análisis de los testimonios en que se basó la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas. El Grupo Especial concluye que los "testimonios científicos a que se hace referencia en [las opiniones de los expertos y los dictámenes] no apoyan la conclusión de las Comunidades Europeas de que, en lo concerniente al estradiol-17β, la genotoxicidad ya haya sido demostrada explícitamente".[1225] La conclusión del Grupo Especial se centra debidamente en los testimonios científicos de los Dictámenes del SCVPH. Sin embargo, el razonamiento del Grupo Especial contiene varias deficiencias. En primer lugar, algunos de los expertos parecían aceptar la posición de las Comunidades Europeas sobre la genotoxicidad del estradiol-17β. Por ejemplo, en su razonamiento el Grupo Especial cita la siguiente opinión del Dr. Cogliano:

> El Dr. Cogliano explicó que "[l]a afirmación de las [Comunidades Europeas] de que no se puede identificar un umbral refleja su opinión acerca de los mecanismos genotóxicos, de la misma manera que la afirmación contraria, a saber, que existe un umbral y que ese umbral está por encima de los niveles presentes en los residuos en la carne, refleja la opinión del Canadá y de los Estados Unidos respecto de los mecanismos genotóxicos. Ninguna de las dos ha sido demostrada con pruebas científicas, y las dos son en cambio suposiciones diferentes que cada una de las partes utiliza para interpretar los datos disponibles".[1226]

[1224] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.553; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.521.

[1225] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.572; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.540 (donde se hace referencia al Dictamen de 1999, página 75).

[1226] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.559; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.527 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes de los Grupos Especiales, anexo D, párrafo 186).

604. El Grupo Especial también hace referencia al siguiente testimonio del Dr. Cogliano:

> El Dr. Cogliano declaró en sus respuestas escritas que la identificación del estradiol-17β como cancerígeno humano indica que hay posibles efectos perjudiciales para la salud humana cuando se consume estradiol-17β en la carne del ganado al que se han administrado hormonas estimuladoras del crecimiento. En la reunión con el Grupo Especial, el Dr. Cogliano aclaró que el CIIC ha clasificado el estradiol-17β como posiblemente cancerígeno basándose en pruebas suficientes en animales de experimentación. Los agentes que se ha demostrado que son cancerígenos en los seres humanos son los estrógenos esteroides, los estrógenos no esteroides y varias combinaciones de estrógenos y progestágenos usados como píldoras anticonceptivas o para el tratamiento de la menopausia.[1227]

605. El Grupo Especial debería haber analizado si las declaraciones del Dr. Cogliano aportaban pruebas de que la posición de las Comunidades Europeas sobre la genotoxicidad del estradiol-17β contaba con cierta aceptación en la comunidad científica, aunque no fuese la opinión mayoritaria. En el reexamen intermedio, el Grupo Especial rechazó la pertinencia de la declaración del Dr. Cogliano, explicando que "el *Acuerdo MSF* requiere un análisis que no se agota en la identificación de un posible efecto adverso". Según el Grupo Especial, "[e]l análisis debe incluir un examen de las posibilidades de que un efecto adverso se produzca o se origine por, o resulte de, la presencia de la sustancia concreta que se examina en los alimentos, las bebidas o los piensos, en este caso el estradiol-17β en la carne y los productos cárnicos provenientes de ganado tratado con la hormona con fines de estimulación del crecimiento".[1228]

606. El razonamiento del Grupo Especial no indica cómo deben conciliarse las declaraciones del Dr. Cogliano con la conclusión del Grupo Especial de que los testimonios científicos expuestos en los Dictámenes del SCVPH no respaldan las conclusiones de las Comunidades Europeas de que "en lo concerniente al estradiol-17β, la genotoxicidad ya ha sido demostrada explícitamente", o que la "presencia de residuos de estradiol-17β en la carne y los productos cárnicos como consecuencia del tratamiento del ganado con esa hormona con fines de estimulación del crecimiento lleve a un aumento del riesgo de cáncer".[1229]

[1227] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.561; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.529 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 154, y transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 327).

[1228] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.118; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.110.

[1229] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.572; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.540. (no se reproduce la nota de pie de página)

607. La genotoxicidad del estradiol-17β también se plantea en relación con la conclusión de las Comunidades Europeas sobre la imposibilidad de establecer un umbral para el estradiol-17β. Al igual que en el caso de la genotoxicidad, la evaluación del riesgo tendría que aportar un fundamento científico para concluir que no puede establecerse un umbral para el estradiol-17β. El Grupo Especial no identifica cuál es el fundamento científico de esta conclusión, como debería haber hecho. En cambio, el razonamiento del Grupo Especial reproduce las opiniones de los expertos sobre la cuestión de la genotoxicidad; a este respecto, algunos de ellos mencionan la distinción entre genotoxicidad *in vivo* e *in vitro*. En el debate se pretende determinar si la genotoxicidad *in vivo* del estradiol-17β ha sido aceptada por la comunidad científica en general, en lugar de centrarse en si la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas proporcionaba testimonios científicos de la genotoxicidad *in vivo* del estradiol-17β y si estas pruebas procedían de una fuente respetada y competente. Por ejemplo, el Grupo Especial se basa en la siguiente opinión del Dr. Boobis:

> El Dr. Boobis concluyó que no había pruebas concluyentes de que el estradiol fuera genotóxico *in vivo* ni de que causara cáncer mediante un mecanismo genotóxico. De hecho, los testimonios dicen lo contrario. Por lo tanto, los testimonios científicos no apoyan la posición de las Comunidades Europeas de que los niveles de las hormonas presentes en la carne del ganado tratado no tienen importancia.[1230]

608. La respuesta del Dr. Boisseau también va más allá de una verificación de si las pruebas sobre la genotoxicidad presentadas por las Comunidades Europeas procedían de una fuente respetada y competente, y en ella se examina la aceptación general del fundamento científico de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas:

> En un estudio de las publicaciones científicas y en el informe de 1999 del Comité de Medicamentos Veterinarios de la Agencia Europea de Medicamentos, el Dr. Boisseau concluyó que todavía está por demostrar que los efectos indicadores observados sean representativos de una mutagénesis a nivel de los genes o de los cromosomas y que también ocurran en las células somáticas *in vivo*. No es probable que sea así, teniendo en cuenta que: la mayor parte de los estudios anteriores habían indicado que las hormonas no provocan aberraciones de los micronúcleos ni otro tipo de aberraciones cromosómicas *in vivo*. Con excepción del estudio publicado por Dhillon y Dhillon, los datos recientes confirman los resultados anteriores y los de la prueba de micronúcleos en médula ósea *in vivo* indican claramente que las hormonas y sus análogos sintéticos no llevan asociadas propiedades genotóxicas.[1231]

[1230] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.562; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.530 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 184).

[1231] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.563; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.531 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 136).

609. Al mismo tiempo, el Grupo Especial no explica cómo concilia su conclusión con el testimonio de otros expertos que parecen reconocer que la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas se basaba en pruebas de la genotoxicidad *in vivo* del estradiol-17β. En sus respuestas escritas a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, el Dr. Guttenplan se refirió a un estudio, citado por las Comunidades Europeas, que supuestamente indicaba que el metabolito reactivo estradiol-3,4-quinona induce mutaciones en la piel del ratón *in vivo*.[1232] El Dr. Guttenplan dijo que "[l]as quinonas de estrógenos catecol forman aductos de ADN en células cultivadas y en la piel del ratón", y concluyó que "[e]stas pruebas son más sólidas que las presentadas en informes previos", añadiendo que "las pruebas son ahora mucho más sólidas".[1233] Además, el Grupo Especial explicó en el reexamen intermedio que no "interpreta[ba] esa manifestación en el sentido de que implique que los residuos de estradiol-17β en la carne de animales tratados sean claramente genotóxicos".[1234] El Grupo Especial añadía que "aunque fuera así, la cuestión de la genotoxicidad sólo es pertinente a la cuestión de si puede establecerse un umbral para esa sustancia".[1235]

610. Reiteramos que no correspondía al Grupo Especial determinar si se acepta en general que el estradiol-17β es genotóxico *in vivo* o que causa cáncer mediante un mecanismo genotóxico. El Grupo Especial debería haberse centrado en cambio en las pruebas en las que se basaron las Comunidades Europeas en su evaluación del riesgo. Como señalamos anteriormente, el Dictamen de 1999 hace referencia a varios estudios sobre la genotoxicidad del estradiol-17β.[1236] En el Dictamen de 2002 se analizan otros estudios adicionales.[1237] El Grupo Especial debería haberse centrado en estos estudios, y sin embargo no los menciona en su análisis. El Grupo Especial no indica por qué no los consideró pertinentes.

611. La evaluación del riesgo que realizaron las Comunidades Europeas también se centró en los niveles endógenos de hormonas en los niños prepúberes, y observó que esos niveles eran más bajos de lo que anteriormente se pensaba.[1238] El Dr. Guttenplan parecía aceptar la posición de las Comunidades Europeas en este asunto:

> El Dr. Guttenplan indicó que las concentraciones en la carne podrían hacer que el estrógeno biodisponible superara la tasa de producción diaria de estradiol en niños prepúberes. "En el caso de los niños prepúberes, incluso teniendo en cuenta la escasa

[1232] Respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 181.
[1233] *Ibid.*
[1234] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.113; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.105.
[1235] *Ibid.*
[1236] Dictamen de 1999, páginas 39-41.
[1237] Dictamen de 2002, páginas 13 y 14.
[1238] Dictamen de 1999, página 38.

> biodisponibilidad y bajas concentraciones del estrógeno en la carne, parece posible que ingieran cantidades que se diferencien en menos de un orden de magnitud de la producción diaria, que es superior a la IDA de la FDA [(Administración de Productos Alimenticios y Farmacéuticos de los Estados Unidos)], lo que sugiere que existe cierto riesgo para este grupo de población. Si el estradiol produce efectos genotóxicos en los niños, esos efectos podrían manifestarse a lo largo de toda la vida, puesto que las mutaciones que ocasionan los daños en el ADN son permanentes. Podrían aparentemente utilizarse ahora métodos de análisis más exactos para medir el efecto del consumo de carne de ganado vacuno tratado con hormonas en las concentraciones sanguíneas de estrógeno en niños y en mujeres posmenopáusicas. Si pudiera realizarse, este experimento sería útil para corroborar o rebatir los argumentos de las [Comunidades Europeas]."[1239]

El Grupo Especial no analiza más detalladamente esta declaración, ni explica cómo debe conciliarse la conclusión del Dr. Guttenplan con la conclusión del Grupo Especial de que en la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas no se examinaron los riesgos específicos derivados del consumo de carne de bovinos tratados con estradiol-17β.

612. Hemos indicado *supra* cómo el Grupo Especial encaró su tarea sin tener debidamente en cuenta la norma de examen y las limitaciones que dicha norma establece para evaluar los testimonios de los expertos. En última instancia, el Grupo Especial examinó las opiniones de los expertos científicos y de forma un tanto perentoria decidió lo que consideraba que era la mejor información científica, en lugar de ceñirse al ejercicio más limitado que exigía su mandato. Además, las Comunidades Europeas han señalado a nuestra atención la siguiente respuesta del Dr. Guttenplan a la pregunta formulada por el Grupo Especial sobre la especificidad del análisis del riesgo que hicieron las Comunidades Europeas:

> Creo que las [Comunidades Europeas] han hecho un trabajo concienzudo de identificación de los posibles efectos perjudiciales para la salud humana del estradiol-17β encontrado en la carne del vacuno al que se le ha administrado esta hormona. Han identificado un buen número de posibles efectos perjudiciales del estradiol-17β en los seres humanos. Han establecido las rutas metabólicas pertinentes a estos efectos y han examinado los mecanismos de estos efectos. Además, han hecho estudios detallados de los niveles de residuos en el vacuno y en el medio ambiente. Las pruebas para la evaluación de la aparición de efectos perjudiciales son insuficientes. Los modelos animales son muy limitados y sus órganos objetivo no coinciden bien con los órganos objetivo humanos. Básicamente, no existen estudios epidemiológicos que comparen poblaciones emparejadas de consumidores de carne de vacuno tratada con hormonas y de carne sin tratar. Por lo tanto, se puede inferir

[1239] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.528; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.500 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 52 del Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 413).

> muy poco acerca de la posible aparición de efectos perjudiciales, y el potencial de efectos perjudiciales parece razonable.[1240]

613. En su respuesta, el Dr. Guttenplan parece reconocer que en la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas se examinaron específicamente los posibles efectos perjudiciales derivados del consumo de carne de bovinos tratados con estradiol-17β. La respuesta del Dr. Guttenplan aparece resumida en el razonamiento del Grupo Especial.[1241] Sin embargo, el Grupo Especial no analiza más detenidamente esa respuesta. Dado que las Comunidades Europeas estaban autorizadas a basarse en opiniones minoritarias, el Grupo Especial estaba obligado a explicar por qué no consideró que el testimonio del Dr. Guttenplan respaldaba la posición de las Comunidades Europeas.

614. Otra deficiencia en el razonamiento del Grupo Especial se refiere a la siguiente observación al final del resumen que hace de las respuestas de los expertos:

> Además, en respuesta a preguntas directas planteadas durante la reunión del Grupo Especial con los expertos, los Dres. Boobis, Boisseau y Guttenplan estuvieron de acuerdo en que no hay ningún riesgo apreciable de cáncer resultante de los residuos de estradiol-17β en la carne y los productos cárnicos del ganado tratado con la hormona con fines de estimulación del crecimiento. Aunque todos los expertos que respondieron a esta pregunta estuvieron de acuerdo en que no era posible garantizar un riesgo nulo, el nivel real de riesgo era en su opinión tan pequeño que no podía calcularse.[1242]

La tarea del Grupo Especial, y con mucha más razón, la de los expertos consultados por el Grupo Especial, no era determinar si hay un riesgo apreciable de que el consumo de carne de bovinos tratados con estradiol-17β provoque cáncer. En cambio, el Grupo Especial debía examinar la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas.

615. Los Estados Unidos y el Canadá aducen que el Grupo Especial ejerció sus facultades discrecionales en tanto instancia que decide sobre los hechos.[1243] Hemos constatado que el Grupo Especial no aplicó la norma de examen adecuada. Esto constituye un error de derecho y no está dentro de las facultades del Grupo Especial como instancia que decide sobre los hechos. Además,

---

[1240] Respuestas de los expertos científicos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 145.

[1241] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.523; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.495.

[1242] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.569; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.537 (donde se hace referencia a la transcripción de la reunión del Grupo Especial con los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafos 707-742).

[1243] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 47; comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 73.

hemos encontrado casos en los que el Grupo Especial se excedió de sus facultades en la evaluación de los testimonios de los expertos científicos. Al limitarse a reproducir testimonios de algunos expertos aparentemente favorables a la posición de las Comunidades Europeas sin analizar su importancia, el Grupo Especial hizo efectivamente caso omiso de pruebas que eran potencialmente pertinentes para los argumentos de las Comunidades Europeas. Esto no puede conciliarse con el deber del Grupo Especial de realizar una "evaluación objetiva de los hechos", de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del ESD.

616. Por estas razones, constatamos que el Grupo Especial no ha realizado una evaluación objetiva de los hechos, conforme a lo que establece el artículo 11 del ESD, al determinar si la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas cumplía las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 y el Anexo A del *Acuerdo MSF*.

F. *Conclusión*

617. Recordamos que hemos constatado *supra* que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo 5 en relación con los riesgos de uso indebido y abuso en la administración de hormonas al ganado bovino para estimular su crecimiento. Asimismo, constatamos que el Grupo Especial asignó erróneamente la carga de la prueba, y no realizó una evaluación objetiva de los hechos al analizar si la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas cumplía las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

618. Además, constatamos anteriormente que el Grupo Especial infringió el derecho de las Comunidades Europeas a las debidas garantías procesales al basarse en forma indebida en el testimonio de los Dres. Boisseau y Boobis en su evaluación de la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas en relación con el estradiol-17β. Por consiguiente, las conclusiones del Grupo Especial se basan, en gran medida, en una base probatoria inadecuada.

619. Por consiguiente, revocamos la constatación del Grupo Especial de que las Comunidades Europeas no han cumplido las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*. Como consecuencia de ello, revocamos igualmente las constataciones del Grupo Especial de que la Directiva 2003/74/CE no se basó en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y que "la medida de aplicación de las [Comunidades

Europeas] sobre el estradiol-17β no es compatible con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*".[1244]

620. Al haber revocado las constataciones del Grupo Especial, debemos examinar si podemos completar el análisis examinando nosotros mismos la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas con respecto al estradiol-17β. En el pasado, el Órgano de Apelación ha completado los análisis cuando había suficientes constataciones fácticas del grupo especial o cuando el expediente del grupo especial incluía hechos no discutidos que le permitían hacerlo.[1245] Ante las numerosas deficiencias que hemos identificado en el análisis del Grupo Especial y la naturaleza sumamente controvertida de los hechos, no consideramos que en el presente caso sea posible completar el análisis. En consecuencia, no formulamos ninguna constatación sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la prohibición de las importaciones impuesta por las Comunidades Europeas con respecto al estradiol-17β.

VII. La compatibilidad con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la prohibición provisional de las importaciones de carne de bovinos tratados con testosterona, progesterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA con fines de estimulación del crecimiento impuesta por las Comunidades Europeas

A. *Introducción*

621. Nos ocupamos por último de la apelación de las Comunidades Europeas contra la constatación del Grupo Especial según la cual la prohibición provisional impuesta por las Comunidades Europeas a la carne de bovinos tratados con testosterona, progesterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA no se ajustaba a las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, porque los testimonios científicos pertinentes no eran "insuficientes" en el sentido de esa disposición. En la sección B se exponen las conclusiones de la evaluación realizada por las Comunidades Europeas respecto de los posibles efectos adversos de las cinco hormonas para la salud, y en la sección C se resumen las constataciones del Grupo Especial en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. La sección D proporciona un panorama general de las alegaciones y argumentos formulados en apelación. En la sección E examinamos las constataciones del Grupo Especial de que los testimonios científicos pertinentes en relación con las cinco hormonas no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. Nuestras conclusiones figuran en la sección F.

[1244] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.579; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.549.

[1245] Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, párrafo 343.

B. *La evaluación realizada por las Comunidades Europeas respecto de las cinco hormonas objeto de la prohibición provisional*

622. Como hemos indicado antes[1246], tras la adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el asunto *CE - Hormonas*, las Comunidades Europeas iniciaron 17 estudios científicos destinados a evaluar, entre otras cosas, las posibilidades de efectos perjudiciales para la salud humana derivados de la presencia en la carne y los productos de carne de bovino de residuos resultantes de la utilización de estradiol-17β, testosterona, progesterona, zeranol, acetato de trembolona y MGA. El SCVPH examinó los resultados de esos estudios, así como otra información a disposición del público y el 30 de abril de 1999 publicó el Dictamen de 1999, en el que llegaba a la conclusión de que "teniendo en cuenta las propiedades intrínsecas de las hormonas y las constataciones epidemiológicas, se ha identificado un riesgo para el consumidor con diferentes niveles de pruebas concluyentes respecto de las seis hormonas en cuestión".[1247] En lo que respecta a las cinco hormonas, el Dictamen de 1999 añadía que "a pesar de los datos toxicológicos y epidemiológicos individuales descritos en el informe, el estado actual de los conocimientos no permitía una estimación cuantitativa del riesgo".[1248] Las Comunidades Europeas llegaban a la conclusión de que "se ha considerado que la información actualmente disponible sobre la testosterona, la progesterona y las hormonas sintéticas zeranol, trembolona, y en particular el acetato de melengestrol, es insuficiente para completar una evaluación [del riesgo]".[1249] El Dictamen de 1999 afirma también que "no se pueden extraer conclusiones definitivas con respecto a la inocuidad" de las cinco hormonas.[1250]

623. El SCVPH volvió a examinar el Dictamen de 1999 en 2000 y 2002, teniendo en cuenta la información científica adicional recibida, pero no consideró necesario modificar las conclusiones a que había llegado inicialmente en el Dictamen de 1999. El Dictamen de 2000 destacó "las lagunas evidentes en el conocimiento actual sobre el metabolismo de los animales de que se trata y la disposición de los residuos de las hormonas que se examinan, incluidas las hormonas sintéticas" y manifestó que esperaba "que los programas de investigación en marcha [en las Comunidades

[1246] Véase *supra*, secciones I y IV.B.
[1247] Dictamen de 1999, página 73.
[1248] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.391 (donde se cita el Dictamen de 1999 (Prueba documental 4 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial), página 73); informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.388 (donde se cita el Dictamen de 1999 (Prueba documental 2 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 73). El Dictamen de 1999 concluye también que "podían preverse efectos endocrinos, de desarrollo, inmunológicos, neurobiológicos, inmunotóxicos, genotóxicos y cancerígenos" en el caso de las cinco hormonas, pero que "[e]n vista de las propiedades intrínsecas de las hormonas y teniendo en cuenta las constataciones epidemiológicas, no fue posible determinar umbrales de inocuidad". (Véase *ibid*.)
[1249] Dictamen de 1999, página 75.
[1250] *Ibid.*

Europeas] proporcionaran información adicional sobre ambas cuestiones".[1251] El Dictamen de 2002 llegaba a las siguientes conclusiones específicas en relación con los posibles riesgos derivados de la presencia de residuos de las cinco hormonas en la carne de bovino:

> e) No se disponía de nuevos datos sobre la testosterona y la progesterona pertinentes para la carne de vacuno o los productos cárnicos. Sin embargo, se destacó que esas hormonas naturales se utilizaban solamente en combinación con el estradiol-17β u otros compuestos estrogénicos en preparaciones comerciales.
>
> f) Los experimentos con zeranol y acetato de trembolona sugerían un metabolismo oxidativo más complejo que el que se suponía anteriormente. Esos datos necesitaban aclararse mejor, ya que podrían influir en una evaluación del riesgo relacionada con los residuos en los tejidos de estos compuestos.
>
> g) El zeranol y el acetato de trembolona se habían puesto a prueba para determinar su potencial mutagénico y genotóxico en varios sistemas, con varios desenlaces. Ambos compuestos presentaban sólo efectos muy débiles.
>
> h) Los datos sobre la genotoxicidad del [MGA] indicaban solamente efectos débiles. Sin embargo se observaron efectos pro apoptóticos en algunos ensayos basados en células, que se atribuyeron a las impurezas de las fórmulas comerciales. Experimentos futuros deberían aclarar el significado toxicológico de esas impurezas.
>
> i) Se diseñaron experimentos modelo con conejos tratados con zeranol, acetato de trembolona o [MGA] que imitaban su uso en los bovinos con el fin de estudiar las consecuencias de la exposición pre y peri natal a hormonas exógenas. Todos los compuestos cruzaban la placenta fácilmente e influían en distintos grados en el desarrollo del feto con las dosis utilizadas en los experimentos.
>
> …
>
> k) Se dedicaron varios estudios al impacto potencial del uso extenso de hormonas en el medio ambiente. Se presentaron datos convincentes de la alta estabilidad del acetato de trembolona y el [MGA] en el medio ambiente, en tanto que se proporcionaron datos preliminares sobre los posibles efectos nocivos de los compuestos hormonales en el agua de superficie.[1252]

624. Las Comunidades Europeas promulgaron la Directiva 2003/74/CE, que impone una prohibición *provisional* a la carne y productos cárnicos de bovinos tratados con progesterona,

---

[1251] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.392 (donde se cita el Dictamen de 2000 (Prueba documental 17 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial), página 4); informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.389 (donde se cita el Dictamen de 2000 (Prueba documental 4 presentada por el Canadá al Grupo Especial), página 4).

[1252] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.393 (donde se cita el Dictamen de 2002 (Prueba documental 1 presentada por los Estados Unidos al Grupo Especial), páginas 21 y 22); informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.390 (donde se cita el Dictamen de 2002 (Prueba documental 7 presentada por el Canadá al Grupo Especial), páginas 21 y 22).

testosterona, zeranol, acetato de trembolona o MGA para potenciar el crecimiento. Ante el Grupo Especial, las Comunidades adujeron que los Dictámenes del SCVPH y los estudios en que se apoyaron proporcionaron la "información pertinente [disponible]" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 sobre cuya base se había impuesto la prohibición provisional a las cinco hormonas.[1253]

C. *Las constataciones del Grupo Especial*

625. Al comienzo de su análisis, el Grupo Especial recordó su anterior conclusión de que la medida de que se trata, en tanto en cuanto prohíbe provisionalmente la importación de carne de bovinos tratados con las hormonas progesterona, testosterona, zeranol, acetato de trembolona y MGA es una MSF en el sentido del artículo 1 y del párrafo 1 del Anexo A del *Acuerdo MSF*.[1254] Además, observó que las "partes se ocupan de la cuestión de la compatibilidad de la prohibición provisional de las cinco hormonas mencionadas con lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*" y que "[n]inguna […] discutió la compatibilidad de la prohibición impuesta con respecto a estas cinco hormonas con el párrafo 1 del artículo 5".[1255] En consecuencia, el Grupo Especial declaró que limitaría "su examen a la conformidad de la prohibición de las [Comunidades Europeas] de las cinco hormonas con las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5".[1256]

626. Después de haber identificado como disposición pertinente el párrafo 7 del artículo 5, el Grupo Especial se remitió a la interpretación dada a esta disposición por el Órgano de Apelación con arreglo a la cual dicha disposición establece cuatro requisitos que deben cumplirse de forma acumulativa para poder adoptar y mantener una medida provisional al amparo del *Acuerdo MSF*:

a) que la medida se imponga con respecto a una situación en la que "los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes";

b) que la medida se adopte "sobre la base de la información pertinente de que se disponga";

c) que el Miembro de la OMC que adopte la medida "trate de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo"; y

[1253] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.581; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.551.
[1254] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.590; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.565. (no se reproduce la nota de pie de página)
[1255] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.591; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.566. (no se reproduce la nota de pie de página)
[1256] *Ibid.*

d) que el Miembro que adopte la medida "revise en consecuencia la medida ... en un plazo razonable".[1257]

627. En relación con el primer requisito, el Grupo Especial se remitió a la declaración del Órgano de Apelación en *Japón - Manzanas* de que los testimonios científicos serán insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 si el conjunto de los testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos.[1258] El Grupo Especial, recordando el enfoque que había adoptado con arreglo a los párrafos 1 y 2 del artículo 5, descartó la pertinencia de los casos de uso indebido o abuso y de las dificultades del control en la administración de las cinco hormonas para determinar si los testimonios científicos pertinentes relativos a las cinco hormonas eran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. El Grupo Especial consideró que la existencia o no de uso indebido o abuso no constituía en sí misma una cuestión científica que pudiera hacer imposible una evaluación del riesgo, y llegó a la siguiente conclusión:

> En nuestra opinión, la cuestión científica atañe al efecto de la ingesta de dosis elevadas de residuos de hormonas, no al uso indebido o abuso, real o posible, en la administración de las hormonas. En consecuencia, no abordaremos la cuestión del incumplimiento de las buenas prácticas veterinarias en nuestro análisis con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1259]

628. El Grupo Especial se ocupó a continuación del argumento de las Comunidades Europeas de que el nivel de protección apropiado es pertinente para determinar si los testimonios científicos son insuficientes.[1260] Lo rechazó basándose en el siguiente razonamiento:

> Observamos que lo que se necesita para hacer una evaluación del riesgo son testimonios científicos suficientes. La evaluación de si hay o no testimonios científicos suficientes para hacer una evaluación del riesgo debe ser un proceso objetivo. El nivel de protección definido por cada Miembro puede ser pertinente para

---

[1257] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.593; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.568 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 89).

[1258] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.608; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.586.

[1259] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.603; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.578.

[1260] El Grupo Especial describió el nivel de protección sanitaria y fitosanitaria de las Comunidades Europeas como basado en la ausencia de riesgo (evitable), es decir, un grado de protección que no permite ninguna adición innecesaria resultante de la exposición a sustancias químicas genotóxicas destinadas a ser añadidas deliberadamente a los alimentos.

(Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.607; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.585 (donde se citan las respuestas de las Comunidades Europeas a preguntas formuladas por el Grupo Especial después de la segunda reunión del Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo C-1, párrafo 69).)

> determinar la medida que ha de seleccionarse para hacer frente al riesgo evaluado, pero no debe influir en la realización de la evaluación del riesgo como tal.
>
> En efecto, el hecho de que un Miembro considere que su población debe estar o no expuesta a un riesgo determinado, o a qué nivel, no es pertinente para determinar si existe un riesgo o cuál es su magnitud. *A fortiori*, no debería tener ningún efecto en la determinación de si hay testimonios suficientes de la existencia y la magnitud de este riesgo.
>
> Un Miembro que tenga aversión a asumir riesgos puede inclinarse a adoptar una posición de protección cuando considere la medida que ha de adoptarse. Sin embargo, la determinación de si los testimonios científicos son suficientes para evaluar la existencia y la magnitud de un riesgo deben desconectarse del nivel deseado de protección.[1261]

629. El Grupo Especial observó a continuación que los Estados Unidos y el Canadá adujeron que el JECFA y varios organismos reguladores nacionales han determinado que los testimonios científicos relativos a esas hormonas son adecuados o suficientes para realizar una evaluación del riesgo, pero convino con las partes en que podía haber situaciones en que los testimonios científicos que se consideraban antes suficientes podían resultar posteriormente insuficientes.[1262] Basándose en ello, el Grupo Especial trató de determinar en qué circunstancias testimonios científicos pertinentes que antes eran suficientes podían convertirse en insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.

630. Remitiéndose a la decisión del Órgano de Apelación en *Japón - Manzanas*, el Grupo Especial sostuvo que "el párrafo 7 del artículo 5 se aplicará en situaciones en que, en esencia, los testimonios científicos pertinentes no permitan que se complete una evaluación objetiva de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los alimentos, las bebidas o los piensos".[1263] Remitiéndose asimismo a la decisión del Órgano de Apelación en *Japón - Manzanas*, manifestó que "la existencia de incertidumbre científica no equivale automáticamente a una situación de insuficiencia de testimonios científicos pertinentes".[1264] El Grupo Especial añadió que aunque estaba de acuerdo en que "en determinadas circunstancias los que eran anteriormente testimonios científicos suficientes podrían llegar a ser insuficientes", no creía que "la existencia de incertidumbre científica

---

[1261] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.610-7.612; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.588-7.590.

[1262] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.620; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.598.

[1263] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.628; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.606 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 179).

[1264] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.631; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.609 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 184).

significue que los testimonios antes suficientes hayan pasado a ser de hecho insuficientes ni que esto deba justificar *ipso facto* la aplicabilidad del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*".[1265]

631. A continuación el Grupo Especial pasó a examinar la relación entre la insuficiencia de los testimonios y la existencia de una norma internacional. Según el Grupo Especial, "[l]a presunción de compatibilidad de las medidas que se ajustan a las normas, directrices y recomendaciones internacionales con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* implica que estas normas, directrices y recomendaciones, en particular aquellas a que se hace referencia en este caso, se basan en evaluaciones del riesgo que satisfacen las prescripciones del *Acuerdo MSF*".[1266] El Grupo Especial reconoció que "la ciencia evoluciona constantemente" y que "no se puede excluir la posibilidad de que numerosos testimonios o información científicos pongan en tela de juicio los testimonios existentes" o de que "diferentes evaluaciones del riesgo lleguen a diferentes interpretaciones de los mismos testimonios científicos".[1267] A su juicio, la existencia de normas internacionales significa "que había suficientes datos para que el JECFA hiciera las evaluaciones del riesgo apropiadas".[1268] El Grupo Especial añadió lo siguiente:

> Como resultado de esto, consideramos que, a fin de tener debidamente en cuenta la existencia de normas, directrices y recomendaciones internacionales en este caso, nuestro enfoque debe ser evaluar si los testimonios científicos han pasado a ser insuficientes determinando si las Comunidades Europeas han presentado pruebas de cambios suficientes en los conocimientos científicos, de manera que lo que era en un momento suficiente para hacer una evaluación adecuada del riesgo ha pasado a ser insuficiente (es decir "*deficient in force, quality or amount*" ("deficiente en fuerza, calidad o cantidad")). A este respecto, la sugerencia de correlaciones hipotéticas o la simple argumentación de que podría haber más pruebas sobre una u otra preocupación no debe considerarse suficiente para alegar con éxito que los testimonios científicos pertinentes han pasado a ser *insuficientes*.[1269] (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

632. El Grupo Especial concluyó lo siguiente:

[1265] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.637; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.615. A este respecto, el Grupo Especial se remitió a las observaciones del Dr. Boisseau y el Dr. Boobis sobre la forma en que se aborda la incertidumbre científica en una evaluación del riesgo. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.635; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.613.)

[1266] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.644; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.622.

[1267] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.645; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.623.

[1268] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.644; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.622.

[1269] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.647; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.625.

> […] si ya existen testimonios pertinentes, no bastará cualquier grado de insuficiencia para satisfacer el criterio del párrafo 7 del artículo 5 de que "los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes". Teniendo en cuenta nuestro razonamiento anterior, en particular con respecto a la incertidumbre científica y la existencia de normas internacionales, consideramos que, dependiendo de los testimonios pertinentes existentes, debe haber una *masa crítica* de nuevos testimonios y/o información que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes. En el caso actual, en que se han hecho evaluaciones del riesgo y se ha acumulado una cantidad considerable de testimonios de buena calidad, esto sería posible solamente si con ellos se cuestionaran los testimonios pertinentes existentes *hasta el punto de que* esos testimonios no sean ya suficientes para apoyar las conclusiones de las evaluaciones del riesgo existentes. Debemos por esto determinar si es así en este caso.[1270] (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

633. Seguidamente, el Grupo Especial trató de identificar las supuestas insuficiencias de los testimonios científicos que habría de abordar. Observó que "[e]n tanto que, en la aplicación de la carga de la prueba en relación con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, debe corresponder a la parte que cuestiona la aplicabilidad del párrafo 7 del artículo 5 acreditar *prima facie* que los testimonios científicos pertinentes con respecto a las cinco hormonas son suficientes, corresponde también a las Comunidades Europeas, en aplicación del principio de que incumbe a cada parte probar sus alegaciones, apoyar sus propias alegaciones con pruebas apropiadas".[1271] El Grupo Especial señaló además que "pese a que en este caso las Comunidades Europeas son el reclamante, aducen también como parte de sus alegaciones en el marco del párrafo 8 del artículo 22 del ESD que su medida de aplicación cumple lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*".[1272] El Grupo Especial recordó también "la consecuencia de la presunción de compatibilidad con el *Acuerdo MSF* y el GATT de 1994 de las medidas que son conformes con las normas, directrices y recomendaciones internacionales relativas a las evaluaciones del riesgo en las que están basadas tales medidas"[1273] y dedujo de ella que "[p]uesto que, en ese contexto, las Comunidades Europeas aducen que los testimonios científicos pertinentes son insuficientes, consideramos que les corresponde indicar las cuestiones con respecto a las cuales esos testimonios son insuficientes".[1274] Por consiguiente, el

---

[1270] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.648; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.626.

[1271] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.652; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.629. (no se reproduce la nota de pie de página)

[1272] *Ibid.*

[1273] *Ibid.*

[1274] *Ibid.*

Grupo Especial manifestó lo siguiente: "no consideramos que en calidad de Grupo Especial estemos obligados a ir más allá de las insuficiencias identificadas por las Comunidades Europeas".[1275]

634. No obstante, antes de pasar a ocuparse de las supuestas insuficiencias de los testimonios científicos, el Grupo Especial señaló que los argumentos y la información que se le habían presentado tenían en ocasiones un carácter general y no le permitían abordar cada una de las insuficiencias con respecto a cada una de las hormonas. Por esta razón, decidió abordar separadamente, sobre la base de las insuficiencias identificadas y examinadas por las Comunidades Europeas: i) las insuficiencias identificadas con respecto a la totalidad de las cinco hormonas en cuestión, "en la medida en que no se presentó información de manera específica respecto de cada una de las hormonas, o en la medida en que se planteó una cuestión con respecto a todas las hormonas, pero sólo se presentaron pruebas para una o dos"[1276]; y ii) las insuficiencias alegadas respecto de cada hormona sobre la base de información específica sobre dicha hormona.

635. El Grupo Especial declaró que las Comunidades Europeas habían identificado y examinado las siguientes insuficiencias en los testimonios científicos pertinentes en relación con las cinco hormonas en cuestión: a) los efectos de las hormonas en determinadas categorías de población, como los niños prepúberes; b) la relación dosis-respuesta; c) la biodisponibilidad; d) el largo período de latencia del cáncer; e) la repercusión de las cinco hormonas en el sistema inmunitario; y f) la repercusión de las cinco hormonas en cuestión en el desarrollo y la reproducción.[1277]

[1275] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.653; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.630. El Grupo Especial expuso también su opinión de que "incumbe a las partes que formulen una alegación identificar en sus comunicaciones la *pertinencia* de los testimonios en los que se apoyan para respaldar sus argumentos". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.658; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.635. (las cursivas figuran en el original)) El Grupo Especial señaló que "a la luz de las funciones que le atribuye el ESD, deberá limitar el examen de las supuestas insuficiencias en los testimonios científicos pertinentes a las abordadas específicamente por las Comunidades Europeas en sus comunicaciones" y que se ocuparía "de las cuestiones identificadas en los dictámenes en la medida solamente en que guarden suficiente relación con una cuestión *examinada* por las Comunidades Europeas". (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.659; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.636 (las cursivas figuran en el original).)

[1276] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.661; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.638.

[1277] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.663; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.640. Las Comunidades Europeas hicieron también referencia en su Primera comunicación al Grupo Especial al "uso indebido o abuso (implantes que no se ajustan a lo especificado, administración para fines diferentes de los indicados, medicamentos del mercado negro, etc.)". El Grupo Especial consideró que esta cuestión no era pertinente a la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. (Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, nota 787 al párrafo 7.654 y párrafo 7.483; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, nota 734 al párrafo 7.631.)

636. Con respecto a los efectos de las hormonas sobre ciertas categorías de población, el Grupo Especial se remitió a las conclusiones de la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas según las cuales las personas con los niveles endógenos más bajos de hormonas sexuales, especialmente los niños prepúberes y las mujeres posmenopáusicas, son las personas con mayor riesgo de sufrir los efectos adversos para la salud asociados con la exposición a fuentes exógenas de estrógenos y testosterona.[1278] El Grupo Especial señaló que la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas hacía referencia al desarrollo de nuevos métodos de detección que habían permitido identificar niveles de estradiol producidos de forma endógena en niños prepúberes considerablemente más bajos que los identificados anteriormente con los métodos tradicionales de detección. Señaló también la declaración realizada por las Comunidades Europeas en el Dictamen de 1999 de que "esta es un área crítica que requiere estudios adicionales".[1279]

637. El Grupo Especial recordó el criterio de la "masa crítica" que había establecido para evaluar la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes en el marco del párrafo 7 del artículo 5 y concluyó que su tarea consistía en examinar "si los métodos de detección más sensibles que identificaban niveles hormonales más bajos de lo que se pensaba hasta ahora en los niños prepúberes son tales que ponen en tela de juicio la gama de niveles fisiológicos de las hormonas sexuales en los seres humanos que actualmente se cree que existen".[1280]

638. El Grupo Especial concluyó lo siguiente:

> Observamos que los testimonios presentados guardan relación solamente con el estradiol, pero que la alegación que estamos examinando con respecto a las insuficiencias de los testimonios se refiere a las otras cinco hormonas en cuestión, y no al estradiol. Observamos además que el Dictamen de 2002 concluye que estos métodos de detección más sensibles aún no han sido validados.
>
> … no estamos convencidos de que los estudios examinados por los expertos pongan en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes en relación con el efecto de las cinco hormonas en los niños prepúberes. En particular, no se ha establecido que los datos relativos a los efectos de las

[1278] Véanse el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.664 y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.641.

[1279] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.665; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.642. (no se reproduce la nota de pie de página)

[1280] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.666; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.643.

> hormonas en que se basan las evaluaciones del JECFA sean insuficientes a la luz de nuevos testimonios relativos a las otras cinco hormonas en cuestión.[1281]

639. En lo que atañe a la relación dosis-respuesta, el Grupo Especial señaló que las Comunidades Europeas cuestionaban las constataciones del JECFA al respecto, a la luz de nuevos métodos de detección que ponían en tela de juicio los anteriores conocimientos acerca de los niveles de producción endógena de hormonas en los niños prepúberes. Observó a continuación que el JECFA pudo identificar una relación dosis-respuesta para las cinco hormonas en cuestión y señaló además que los argumentos de las Comunidades Europeas se basaban en la idea de que la producción endógena de hormonas naturales era mucho más baja de lo que se creía previamente. El Grupo Especial recordó su anterior conclusión de que los estudios científicos que apoyaban esa idea no habían sido todavía validados y sólo eran aplicables al Estradiol, y constató que no se había establecido "que los nuevos testimonios fueran tales que pusieran en cuestión los datos existentes sobre la relación dosis-respuesta e impidieran la realización de una evaluación de riesgo".[1282]

640. Con respecto a la biodisponibilidad, el Grupo Especial observó que los nuevos estudios encargados por las Comunidades Europeas se referían exclusivamente a la biodisponibilidad del estradiol-17β y que no estaba claro que sus conclusiones fueran pertinentes a hormonas distintas de los estrógenos.[1283] A continuación declaró que "la biodisponibilidad sería un problema si los nuevos testimonios sugirieran que en el caso de la ingesta de carne tratada para estimular su crecimiento la biodisponibilidad es más alta de lo que antes se creía".[1284] El Grupo Especial señaló que, sin embargo, ante la falta de datos, el JECFA partió aparentemente del supuesto de que la biodisponibilidad era del 100 por ciento. El Grupo Especial se refirió al testimonio del Dr. Boisseau y el Dr. Boobis, que confirmaron que la biodisponibilidad de las hormonas sintéticas en los seres humanos no ha sido determinada, por lo que el JECFA supuso una biodisponibilidad del 100 por ciento.[1285] Por esas razones, el Grupo Especial concluyó que no se había determinado que "haya

---

[1281] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.670 y 7.671; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.647 y 7.648.

[1282] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.675; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.652.

[1283] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.677; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.654 (donde se hace referencia a la Segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas al Grupo Especial, párrafos 123 y 124). Esos párrafos describen pasajes de los Dictámenes de 1999 y 2002 que ponen en cuestión los estudios del NOEL (nivel sin efectos observados) realizados por el JECFA (véanse el Dictamen de 1999, páginas 36 y 37 y el Dictamen de 2002, página 12).

[1284] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.679; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.656.

[1285] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.680 y 7.682; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.657 y 7.659 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 43 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 347 y 351).

habido ningún nuevo testimonio sobre la biodisponibilidad específicamente con respecto a las cinco hormonas en cuestión que afecte a los conocimientos actuales sobre el tema".[1286]

641. En relación con el período de latencia prolongado[1287] del cáncer y los factores de confusión[1288], el Grupo Especial destacó la alegación de las Comunidades Europeas de que "podrían no estar en condiciones de demostrar la existencia de un daño evidente en el caso del cáncer a causa del período de latencia prolongado y de los numerosos factores de confusión que desempeñan un papel en el desarrollo del cáncer".[1289] Seguidamente observó que el Dr. Boobis, el Dr. Cogliano y el Dr. Guttenplan coincidieron en que era importante tener en cuenta el período prolongado de latencia del cáncer al realizar una evaluación del riesgo.[1290] El Grupo Especial destacó además las opiniones del Dr. Boisseau y el Dr. Boobis de que cabía la posibilidad de que los estudios epidemiológicos, aun teniendo en cuenta períodos prolongados de latencia para el cáncer, no pudieran identificar el agente específico que había causado la enfermedad, debido a la presencia de numerosos factores de confusión.[1291] A este respecto, se remitió a la declaración del Dr. Cogliano de que "generalmente era posible identificar factores de confusión en los estudios epidemiológicos" pero muchas veces era difícil "determinar si los tumores observados podían atribuirse al agente estudiado o a un factor de confusión".[1292] El Grupo Especial observó que el Dr. Boobis, el Dr. Cogliano y el Dr. Guttenplan expusieron la opinión de que los estudios epidemiológicos presentados por las Comunidades Europeas

[1286] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.684; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.661.

[1287] "*Latency period*" ("período de latencia") se define como "*the period between exposure to an agent or process and the appearance of symptoms*" ("el período que media entre la exposición a un agente o proceso y la aparición de los síntomas") (véase el *Merriam-Webster Medical Dictionary* en: <www.merriam-webster.com>).

[1288] Los factores de confusión son factores distintos del investigado que también pueden correlacionarse con la enfermedad (respuestas de los expertos científicos a la pregunta 24 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 221).

[1289] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.685; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.662.

[1290] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.687-7.690; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.664-7.667 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 23 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 210, 213 y 214).

[1291] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.691 y 7.692; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.668 y 7.669 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 23 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 209 y 211).

[1292] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.693; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.670 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 24 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 220).

no establecían un vínculo o correlación entre la mayor incidencia del cáncer y el consumo de residuos de hormonas en carne tratada[1293] y constató lo siguiente:

> Por una parte, las observaciones de los expertos sugieren que los estudios epidemiológicos no han logrado demostrar que haya residuos de hormonas presentes en la carne tratada para estimular su crecimiento que provoquen cáncer, y que demostrarlo sería bastante difícil. Por otro lado, el Grupo Especial observa que es posible evaluar los efectos a largo plazo mediante estudios a largo plazo realizados en animales de experimentación, aun cuando entrañen dosis mucho más elevadas de las que se encontrarían en el consumo de carne de animales tratados con hormonas estimuladoras del crecimiento. También ha sido posible tomar en consideración el riesgo asociado a la latencia mediante el establecimiento de IDA. Las Comunidades Europeas no han identificado ningún testimonio que sea suficiente cuantitativa y cualitativamente para poner en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores y el enfoque seguido hasta ahora para integrar el período prolongado de latencia del cáncer en la evaluación de riesgo.[1294]

642. En cuanto a los efectos de las hormonas en el sistema inmunitario, el Grupo Especial destacó la conclusión contenida en el Dictamen de 1999 de que hay testimonios insuficientes sobre los efectos de las hormonas en el sistema inmunitario. Rechazó la tesis de las Comunidades Europeas de que correspondía a las partes demandadas presentar pruebas de que no podían derivarse efectos adversos sobre el sistema inmunitario de los residuos presentes en la carne tratada con hormonas, porque todo lo que las partes demandadas tenían que probar era su afirmación de que los testimonios científicos pertinentes sobre esos riesgos concretos eran suficientes para hacer una evaluación del riesgo adecuada.[1295] Observó a continuación que los expertos identificaron posibles efectos adversos sobre el sistema inmunitario derivados exclusivamente de los estrógenos[1296] y que no había ninguna prueba que sugiriera que pudieran abordarse esos riesgos mediante un enfoque de dosis-respuesta.[1297] El Grupo Especial concluyó también que el propio Dictamen de 1999 no proporciona pruebas de efectos de ninguna de las cinco hormonas en el sistema inmunitario.[1298] Por esas razones, el Grupo Especial constató que las Comunidades Europeas no habían "determinado que haya una masa crítica

---

[1293] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.695-7.697; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.672-7.674 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 26 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 241, 242 y 239).

[1294] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.699; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.676.

[1295] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.705; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.682.

[1296] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.706; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.683.

[1297] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.707; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.684.

[1298] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.706; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.683 (donde se hace referencia al Dictamen de 1999, páginas 51, 55, 60 y 66).

de nuevos testimonios y/o información que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes sobre los efectos de las hormonas en el sistema inmunitario, antes suficientes, sean ahora insuficientes".[1299]

643. Por último, en lo que respecta a los efectos en el crecimiento y la reproducción, el Grupo Especial observó en primer lugar que las Comunidades Europeas no habían planteado argumentos específicos en relación con la insuficiencia de las pruebas de efectos adversos de las cinco hormonas en el crecimiento y la reproducción. No obstante, decidió abordar esta cuestión ante la afirmación de las Comunidades Europeas de que los nuevos datos ponían de manifiesto la existencia de "lagunas, insuficiencias y contradicciones importantes"[1300] en los testimonios científicos pertinentes. El Grupo Especial observó que el Dr. Guttenplan identificó inicialmente una serie de lagunas en los testimonios científicos que podrían guardar relación con el crecimiento y la reproducción, pero declaró posteriormente que era posible hacer una evaluación del riesgo con respecto a las cinco hormonas.[1301] A su vez, el Dr. Boobis expuso la idea de que los estudios científicos no respaldan "la opinión de que se han detectado nuevas e importantes lagunas, insuficiencias y contradicciones en la información […] [científica]" y de que gran parte de la información adicional obtenida "no era concluyente, en ocasiones no era relevante y en algunos casos simplemente confirmaba o ampliaba conocimientos previos".[1302] Seguidamente, el Grupo Especial desechó las opiniones del Dr. Sippell y el Dr. Guttenplan acerca de los posibles efectos sobre el desarrollo de las hormonas en los niños, basándose en que esas declaraciones reflejaban "dudas" pero no eran "un testimonio de la existencia de riesgos".[1303] Por último, consideró que los testimonios a que se referían las Comunidades Europeas guardaban relación exclusivamente con el estradiol-17ß y que las Comunidades Europeas no habían fundamentado su afirmación de que los testimonios científicos eran insuficientes para realizar una evaluación del riesgo con respecto a las otras cinco hormonas. Basándose en ello, el Grupo Especial concluyó que "no se ha establecido que haya una masa crítica de nuevos testimonios … de manera

[1299] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.708; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.685.
[1300] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.709; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.686.
[1301] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.710; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.687.
[1302] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.711; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.688 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 62 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 495).
[1303] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.719; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.696 (donde se cita la transcripción de la reunión conjunta del Grupo Especial con los expertos científicos, celebrada los días 27 y 28 de septiembre de 2006, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafos 1061 y 1063).

que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes en lo que respecta a los efectos en el crecimiento y la reproducción".[1304]

644. El Grupo Especial pasó a examinar a continuación las insuficiencias específicas alegadas en relación con cada una de las cinco hormonas.

645. En relación con la progesterona, el Grupo Especial se centró en la alegación de las Comunidades Europeas de que los testimonios científicos pertinentes sobre el potencial carcinogénico o genotóxico de esta hormona eran insuficientes, por cuanto había abordado ya en su análisis de las insuficiencias comunes de las cinco hormonas las demás insuficiencias identificadas por las Comunidades Europeas.[1305] Señaló que el Dictamen de 2002 concluyó que "no hay pruebas de que la progesterona o la testosterona tengan potencial genotóxico".[1306] El Grupo Especial observó que el Dr. Boisseau, el Dr. Boobis y el Dr. Guttenplan coincidían en que no había pruebas de que la progesterona fuera genotóxica e hizo referencia a la opinión del Dr. Boisseau de que los testimonios científicos presentados por las Comunidades Europeas no respaldaban la conclusión de que los efectos cancerígenos de la progesterona y de la testosterona estuvieran relacionados con ningún otro mecanismo distinto de la actividad hormonal.[1307] Señaló además que los dictámenes del CIIC no habían evaluado la carcinogenicidad de los residuos de progesterona en la carne de bovino, y citó las opiniones del Dr. Boobis y el Dr. Guttenplan según las cuales los testimonios científicos pertinentes sobre la progesterona eran suficientes para realizar una evaluación del riesgo.[1308] El Grupo Especial concluyó que no se había establecido que los testimonios científicos pertinentes con respecto a la progesterona fueran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

646. En cuanto a la testosterona, el Grupo Especial señaló que muchas de las insuficiencias de los testimonios científicos pertinentes se habían tratado en la sección relativa a las cuestiones comunes con las otras cuatro hormonas.[1309] En consecuencia, su análisis se centró en las pruebas de genotoxicidad y carcinogenicidad de la testosterona. El Grupo Especial observó que en el Dictamen

[1304] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.721; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.698.

[1305] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.729; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.706.

[1306] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.731; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.708 (donde se cita el Dictamen de 2002, sección 4.3, página 15).

[1307] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.738; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.715 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 158).

[1308] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.740 y 7.741; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.717 y 7.718.

[1309] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.746; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.726.

de 1999 se indicaba que no se disponía de información sobre daños en el ADN inducidos por la testosterona o sus metabolitos, y que "si bien las pruebas a favor de la carcinogenicidad se consideraron suficientes para la testosterona en animales de experimentación, los datos sobre seres humanos son limitados".[1310] Según el Grupo Especial, esta declaración debe leerse en conjunción con la conclusión de que "los testimonios relativos al papel de la testosterona en el cáncer de próstata son actualmente débiles".[1311] A su juicio, esos testimonios no satisfacían el criterio de la "masa crítica" que había establecido para evaluar la insuficiencia en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. El Grupo Especial destacó además la opinión del Dr. Boisseau de que los testimonios científicos presentados por las Comunidades Europeas no respaldaban la conclusión de que los efectos cancerígenos de la testosterona estuvieran relacionados con ningún otro mecanismo distinto de la actividad hormonal.[1312] En consecuencia, el Grupo Especial constató que no se había establecido que los testimonios científicos pertinentes con respecto a la testosterona fueran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

647. El Grupo Especial limitó su análisis en relación con el acetato de trembolona a dos "insuficiencias" identificadas por las Comunidades Europeas en los testimonios científicos sobre dos aspectos distintos: i) el metabolismo del acetato de trembolona; y ii) los testimonios inadecuados sobre la carcinogenicidad en los seres humanos.[1313] En relación con el metabolismo de la trembolona, el Grupo Especial contrastó la declaración que figura en el Dictamen de 2002 de que "los experimentos con [acetato de trembolona] sugerían un metabolismo oxidativo más complejo que el que se suponía anteriormente"[1314] con la opinión del Dr. Boobis de que "estos datos no afectan a la evaluación de riesgo derivado [del acetato de trembolona]".[1315] En relación con los testimonios sobre la carcinogenicidad de la trembolona, el Grupo Especial se remitió a la opinión del Dr. Boobis de que "estos datos son insuficientes para alterar la conclusión de que ni el Zeranol, ni ... el acetato de

[1310] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.749; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.729 (donde se cita el Dictamen de 1999, página 49).

[1311] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.749; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.729.

[1312] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.738; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.732 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 160).

[1313] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.761; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.743.

[1314] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.762; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.744 (donde se cita el Dictamen de 2002, sección 7, página 21).

[1315] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.763; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.745 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 62 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 480).

trembolona tienen capacidad genotóxica *in vivo*"[1316], la opinión del Dr. Guttenplan de que "[l] trembolona da resultado negativo o marginalmente activo en los ensayos genotóxicos *in vitro*"[1317] y la declaración del Dr. Boisseau de que "las pruebas científicas en que se basan los dictámenes del SCVPH no respaldan la conclusión de que los efectos cancerígenos de la trembolona están relacionados con un mecanismo distinto de su actividad hormonal".[1318] El Grupo Especial destacó también la opinión del Dr. Boobis de que la información disponible era suficiente para que las Comunidades Europeas llevaran a cabo una evaluación del riesgo en relación con las seis hormonas. Además, observó que aunque el Dr. Guttenplan manifestó que "no parece posible establecer IDA exactas [respecto de la trembolona] en este momento"[1319], aclaró posteriormente que "eso no significa que no pueda hacerse una evaluación del riesgo; simplemente significa que la exactitud de la evaluación del riesgo es diferente".[1320] En consecuencia, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que los testimonios científicos pertinentes sobre la trembolona no eran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.

648. En lo que respecta al zeranol, el Grupo Especial recordó en primer lugar la conclusión del Dictamen de 1999 de que los testimonios científicos "dieron resultados equívocos, insuficientes para una evaluación de las propiedades mutagénicas/genotóxicas del zeranol" y de que, en cuanto a la carcinogenicidad del zeranol, "hay pruebas claras de la inducción de adenomas y carcinomas en el hígado de una especie animal, pero no se puede hacer una evaluación de la posible carcinogenicidad del zeranol".[1321] A continuación analizó las opiniones expuestas por los expertos sobre los testimonios científicos concernientes a las propiedades mutagénicas, genotóxicas y carcinogénicas del

[1316] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.770; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.752 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 62 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 483).

[1317] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.771; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.751 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 21 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 200).

[1318] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.775; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.757 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 164).

[1319] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.779; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.761 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 61 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 457).

[1320] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.780; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.762 (donde se cita la transcripción de la reunión conjunta del Grupo Especial con los expertos científicos celebrada los días 27 y 28 de septiembre de 2006, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 983).

[1321] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.788; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.772 (donde se hace referencia al Dictamen de 1999, secciones 4.5.5 a 4.5.7, páginas 64 y 65).

zeranol, y en especial a la observación del Dr. Boisseau de que el JECFA "concluyó que el 'efecto tumorígeno del zeranol estaba asociado con sus propiedades estrogénicas'"[1322] y a la declaración del Dictamen de 2002 de que en un estudio *in vitro* el zeranol "no indujo genotoxicidad ni mutagenicidad".[1323] El Dr. Sippell manifestó la opinión de que el zeranol y sus metabolitos "son tan potentes como [el estradiol] … en lo que respecta a aumentar la expresión de genes relacionados con estrógenos en las células del cáncer de mama humano".[1324] Sin embargo, en relación con los mismos testimonios, el Dr. Boobis destacó que los estudios *in vitro* tienen una importancia limitada "en la situación *in vivo*, en la que la magnitud de la respuesta se verá afectada por factores cinéticos y metabólicos"[1325], por lo que, a su juicio, "estos datos son insuficientes para apoyar la conclusión de que estas hormonas tienen un potencial genotóxico *in vivo*".[1326] El Dr. Guttenplan señaló también que "[e]l zeranol puede inducir transformaciones en los cultivos de células epiteliales de mama, con una eficiencia similar a la del estradiol, pero el mecanismo no se conoce, y el resultado es negativo o marginalmente activo en otros ensayos".[1327] El Dr. Boisseau expuso la opinión de que "las pruebas científicas en que se basan los dictámenes del SCVPH no respaldan la conclusión de que los efectos cancerígenos del zeranol están relacionados con un mecanismo distinto de su actividad hormonal".[1328] Por último, el Grupo Especial se remitió también a la opinión del Dr. Guttenplan de que un estudio más reciente sugería un riesgo resultante del zeranol, pero "los resultados se obtuvieron en células cultivadas y la pertinencia para la exposición humana a [la carne tratada con hormonas] no puede

[1322] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.790; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.774 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 17 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 165).

[1323] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.791; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.775 (donde se cita el Dictamen de 2002, sección 4.4.3, página 16).

[1324] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.792; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.776 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 41 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 336).

[1325] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.792; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.776 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 62 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 475).

[1326] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.793; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.777 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 21 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 198).

[1327] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.795; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.779 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 21 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 200).

[1328] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.796; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.770 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 166).

extrapolarse a partir de este estudio a causa de un gran número de incertidumbres en dicha extrapolación. El estudio sí sugiere que deberían realizarse pruebas adicionales del zeranol".[1329] Basándose en todo ello, el Grupo Especial concluyó que "no se ha determinado que los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes en relación con la carcinogenicidad del zeranol en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*".[1330]

649. Por último, en relación con el MGA, el Grupo Especial se centró en las "insuficiencias" de los testimonios científicos sobre dos aspectos distintos: i) si sólo se disponía de datos limitados sobre los residuos de MGA en la carne de ganado tratado; y ii) si los testimonios eran insuficientes con respecto a la carcinogenicidad del MGA en los seres humanos.[1331] No obstante, como observación preliminar, señaló que, aunque no hay ninguna norma internacional para el MGA, se han hecho "trabajos intensivos" sobre el MGA a nivel internacional, entre los que se destacan dos evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA.[1332] El Grupo Especial observó que el MGA figuraba en la lista de prioridades del Codex para recalcular los límites máximos de residuos ("LMR") y que el proyecto de LMR para el MGA estaba en el trámite 7 del procedimiento de elaboración del Codex. El Grupo Especial declaró que "el papel del JECFA en el proceso de evaluación internacional del riesgo es tal que debe darse alguna relevancia a esa labor"[1333] y, sobre esa base, concluyó que la existencia de evaluaciones realizadas por el JECFA "sugiere que los testimonios eran en un momento suficientes".[1334]

650. En lo que respecta a los datos sobre residuos de MGA, que las Comunidades Europeas sugirieron que estaban obsoletos, el Grupo Especial señaló que tanto el Dr. Boisseau como el Dr. De Brabander reconocieron que casi todos los estudios utilizados por el JECFA databan de los años sesenta y setenta. No obstante, ninguno de ellos dijo que esos estudios ya no fueran válidos. El Grupo Especial recordó también su anterior conclusión de que el hecho de que un estudio sea

[1329] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.797; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.781 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 25 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 234).
[1330] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.800; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.784.
[1331] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.812; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.798.
[1332] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.813; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.799.
[1333] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.813; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.799.
[1334] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.827; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.813.

antiguo no pone *per se* en duda su validez.[1335] Citó además las opiniones expuestas por el Dr. Boisseau y el Dr. Boobis según las cuales los nuevos estudios científicos no afectaban a los LMR calculados para el MGA por el JECFA, porque estos últimos se basaban en hipótesis muy conservadoras.[1336]

651. En relación con las pruebas de la carcinogenicidad del MGA en los seres humanos, el Grupo Especial señaló que la declaración que se hace en el Dictamen de 2002 de que "los resultados [en cuanto a la genotoxicidad del MGA] fueron negativos en varios experimentos"[1337] parecían confirmar las conclusiones del JECFA. El Grupo Especial hizo también referencia a la opinión del Dr. Boobis de que "los resultados [con respecto al MGA] fueron negativos en una serie de pruebas para determinar la genotoxicidad"[1338] y la declaración del Dr. Guttenplan de que "el acetato de melengestrol da resultado negativo en los ensayos de genotoxicidad".[1339] Con respecto a la posible carcinogenicidad del MGA, destacó que el CIIC no ha evaluado los riesgos específicos de cáncer derivados del consumo de carne tratada con MGA y recordó la opinión del Dr. Boisseau de que "las pruebas científicas en que se basan los dictámenes del SCVPH no respaldan la conclusión de que los efectos cancerígenos del [MGA] estén relacionados con un mecanismo distinto de su actividad hormonal".[1340] El Grupo Especial se refirió también a la opinión del Dr. Boobis de que había testimonios suficientes para realizar una evaluación del riesgo en relación con las seis hormonas en cuestión, y a las declaraciones del Dr. Guttenplan de que "la evaluación del [MGA] [del JECFA] parece correcta" y de que "[s]e han realizado estudios concienzudos sobre su metabolismo y

[1335] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.816 (donde se hace referencia a *ibid*., párrafos 7.423 y siguientes); informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.802 (donde se hace referencia a *ibid*., párrafos 7.414 y siguientes).

[1336] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.817 y 7.818; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.803 y 7.804 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a las preguntas 35 y 62 formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 303 y 484).

[1337] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.820; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.806 (donde se cita el Dictamen de 2002, sección 4.5.3, página 18).

[1338] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.822; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.808 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 21 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 198).

[1339] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.823; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.809 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 21 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 200).

[1340] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.826; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.812 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 16 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 162).

capacidad estrogénica"[1341] y concluyó que los testimonios científicos con respecto al MGA no eran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.[1342]

652. Al término de su análisis, el Grupo Especial dijo que había preguntado a los expertos científicos si los testimonios científicos en que se basaron las Comunidades Europeas respaldaban la afirmación de las Comunidades Europeas de que los estudios científicos iniciados después de 1997 habían identificado nuevas lagunas, insuficiencias y contradicciones importantes en la información y los conocimientos científicos disponibles sobre esas hormonas de manera que eran necesarios más estudios científicos para poder evaluar el riesgo para la salud humana derivado del consumo de carne de bovinos tratados con esas hormonas con fines de estimulación del crecimiento. El Grupo Especial recordó que su criterio de que debía haber una masa crítica de nuevos testimonios y/o información que pusiera en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, fueran ahora insuficientes y observó que los expertos que se refirieron con detalle a esta cuestión confirmaron, tanto en términos generales como respecto de cada una de las cinco hormonas sujetas a una prohibición provisional, que no se había llegado a esa masa crítica.[1343]

653. En consecuencia, el Grupo Especial constató lo siguiente:

> Por todas estas razones, concluimos 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.[1344]

654. Una vez formulada esta constatación, el Grupo Especial recordó la aplicación acumulativa de los cuatro requisitos indicados por el Órgano de Apelación en *Japón - Productos agrícolas II*.[1345] Añadió que "[d]ado que constatamos que el primer requisito (la medida se impone con respecto a una situación en que 'los testimonios científicos pertinentes son insuficientes') no se ha satisfecho, no

[1341] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.829; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.815 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 61 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 458).

[1342] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.830; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.816.

[1343] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.834; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.820.

[1344] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.835; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.821.

[1345] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.836; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.822.

consideramos necesario ocuparnos de los otros tres".[1346] El Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

> Concluimos por lo tanto que la medida de cumplimiento [de las Comunidades Europeas] no satisface los requisitos del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en lo que respecta a la prohibición provisional de la progesterona, la testosterona, el zeranol, el acetato de trembolona y el acetato de melengestrol.[1347]

655. Después de llegar a esta conclusión, el Grupo Especial hizo la siguiente aclaración sobre sus consecuencias:

> Habiendo llegado a esta conclusión, queremos indicar claramente que sólo hemos determinado que no ha quedado establecido que los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes. Esto no significa que las Comunidades Europeas no pueden imponer ninguna medida en el marco del *Acuerdo MSF* en relación con las cinco hormonas en cuestión. En efecto, nuestras determinaciones se hacen sin perjuicio de la legalidad de ninguna medida [de las Comunidades Europeas] con respecto a estas hormonas en caso de que las Comunidades Europeas decidan completar sus evaluaciones del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1348]

D. *Alegaciones y argumentos formulados en apelación*

656. Las Comunidades Europeas alegan 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 párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y que, en consecuencia, la prohibición provisional de la importaciones y la comercialización de la carne de bovinos tratados con estas cinco hormonas no satisface las prescripciones de esa disposición.

657. En primer lugar, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el nivel de protección elegido por las Comunidades Europeas no tenía pertinencia a los efectos de la determinación sobre si los testimonios científicos pertinentes acerca de las cinco hormonas eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. Las Comunidades Europeas hacen hincapié en que el párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* les permitía adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias que representaran el nivel un protección más elevado que el que "implican o encapsulan"[1349] las normas internacionales pertinentes; y por esta razón el nivel de protección que

---

[1346] *Ibid.*
[1347] *Ibid.*
[1348] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.837; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.823.
[1349] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 397.

desean debe ser pertinente para determinar si los testimonios científicos son "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.

658. En segundo lugar, las Comunidades Europeas impugnan la constatación del Grupo Especial de que la presunción de conformidad aplicable con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* a las medidas que se ajustan a normas internacionales "implica que estas normas ... se basan en evaluaciones del riesgo que satisfacen las prescripciones del *Acuerdo MSF*" y que en consecuencia "había suficientes datos para que el JECFA hiciera las evaluaciones del riesgo apropiadas".[1350] Según las Comunidades Europeas, la presunción aplicable a las medidas que se ajustan a normas internacionales no significa necesariamente que las propias normas internacionales estén basadas en una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5, porque la norma internacional puede no estar basada en una evaluación del riesgo o puede basarse en una evaluación que tenga en cuenta factores diferentes u opiniones científicas obsoletas.

659. En tercer lugar, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error al asignar a las Comunidades Europeas la carga de la prueba en cuanto a demostrar que la prohibición provisional de la carne y los productos cárnicos tratados con las cinco hormonas cumplía las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Al proceder así, el Grupo Especial interpretó erróneamente esa disposición como una excepción al párrafo 1 del mismo artículo. Las Comunidades Europeas sostienen que el párrafo 7 del artículo 5 confiere a los Miembros de la OMC un "derecho calificado"[1351] de adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales en los casos en que consideren que los testimonios científicos pertinentes son insuficientes. En consecuencia, recaía en los Estados Unidos y el Canadá la carga de demostrar que las Comunidades Europeas no habían cumplido esa condición. Las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial desplazó erróneamente la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 a las Comunidades Europeas al limitar su examen exclusivamente a las "insuficiencias" identificadas por las Comunidades Europeas en sus comunicaciones.[1352]

660. En cuarto lugar, las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que, cuando hay normas internacionales para una sustancia, se necesita una "masa crítica" de nuevos testimonios científicos que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del

---

[1350] *Ibid.*, párrafo 387 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.644; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.622).

[1351] *Ibid.*, párrafo 368.

[1352] *Ibid.*, párrafo 380 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.653; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.630).

conocimiento anterior, de manera que los testimonios científicos pertinentes, antes suficientes, sean ahora "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.[1353] Las Comunidades Europeas sugieren que, si un Miembro puede legítimamente seguir una "opinión minoritaria respetable" en su propia evaluación del riesgo, "tiene que ser incorrecto y totalmente desproporcionado excluir *a priori* la posibilidad de que una minoría respetable puede hacer insuficientes los testimonios científicos disponibles".[1354] De este modo, el criterio de la "masa crítica" desarrollado por el Grupo Especial "imponía un umbral cuantitativo y cualitativo elevado"[1355] en exceso con respecto a los nuevos testimonios científicos que se necesitan para hacer que se consideren insuficientes los testimonios anteriores. Según las Comunidades Europeas, la calidad de los testimonios científicos es más importante que la cantidad, e incluso un estudio único realizado por científicos calificados y respetables podría considerarse *a priori* suficiente para poner en tela de juicio la suficiencia de los testimonios científicos anteriores si sus méritos son particularmente pertinentes para las circunstancias de la evaluación del riesgo.[1356] Las Comunidades Europeas también aducen que la aplicación por el Grupo Especial del criterio de la "masa crítica" de hecho "excluía la aplicación"[1357] del principio de cautela en la interpretación de los párrafos 1 y 7 del artículo 5, porque implica que los testimonios científicos pasan inmediatamente de un estado de insuficiencia a tenor del párrafo 7 del artículo 5 a un estado de conocimiento total con arreglo al párrafo 1 del artículo 5, sin que haya ningún período de transición en que pueda aplicarse el párrafo 7 del artículo 5.[1358] Además, las Comunidades Europeas plantean que la aplicación del criterio de la "masa crítica" llevó al Grupo Especial a hacer caso omiso de "testimonios científicos altamente pertinentes"[1359] que demostraban la insuficiencia de los testimonios científicos pertinentes para realizar una evaluación del riesgo. Según las Comunidades Europeas, esos testimonios eran insuficientes para hacer una evaluación del riesgo con respecto a: i) los efectos de las hormonas en algunos grupos de población; ii) la relación dosis-respuesta; iii) los períodos de latencia prolongados del cáncer y los factores de confusión; y iv) los efectos adversos de las cinco hormonas en el crecimiento y la reproducción. Además, las Comunidades Europeas afirman que los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes respecto de cada una de las cinco hormonas.

[1353] *Ibid.*, párrafo 409 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.648; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.626).
[1354] *Ibid.*, párrafo 409.
[1355] *Ibid.*, párrafo 412.
[1356] *Ibid.*, párrafo 413.
[1357] *Ibid.*, párrafo 427.
[1358] Declaración de las Comunidades Europeas en la audiencia.
[1359] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 447.

661. Por último, las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos, conforme a lo dispuesto en el párrafo 11 del ESD, al llegar a sus constataciones en relación con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas acusan al Grupo Especial de no tener en cuenta la declaración del Dr. Cogliano de que "los datos no son suficientes" para hacer "una predicción de los niveles de riesgo con dosis bajas, en las concentraciones que se podrían encontrar en carne tratada con hormonas".[1360] Las Comunidades Europeas añaden que el Grupo Especial "eligió arbitrariamente entre diferentes opiniones científicas" en lugar de determinar si las Comunidades Europeas habían "seguido una alternativa científicamente plausible"[1361] al adoptar la Directiva 2003/74/CE. En consecuencia, el Grupo Especial realizó un examen *de novo* de los testimonios científicos, violando lo dispuesto en el artículo 11 del ESD.

662. Los Estados Unidos responden que el Grupo Especial constató correctamente que los testimonios científicos pertinentes sobre las cinco hormonas sujetas a la prohibición provisional no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

663. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial interpretó correctamente el párrafo 7 del artículo 5, teniendo en cuenta el contexto que ofrecen los párrafos 2 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*. Esto se debe a que, a la luz de la presunción de conformidad con el *Acuerdo MSF* que se aplica en virtud del párrafo 2 del artículo 3 a las medidas que estén en conformidad con una norma internacional, el Grupo Especial tuvo razón al constatar que la existencia de tales normas demostraba que había habido testimonios científicos suficientes para realizar una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 respecto de las cinco hormonas en litigio.[1362] Los Estados Unidos también alegan que el Grupo Especial constató acertadamente que el nivel deseado de protección de las Comunidades Europeas no era pertinente para la determinación de si los testimonios científicos sobre las cinco hormonas eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. Sostienen que las Comunidades Europeas no habían demostrado que su nivel adecuado de protección fuera distinto del nivel de protección que se pretende alcanzar en las normas del Codex Alimentarius.[1363] Añaden que la evaluación del riesgo es un proceso científico destinado a identificar si existe algún riesgo y, por esta razón, quienes evalúan el riesgo "no tienen que tener presente un determinado nivel de protección al realizar la evaluación del riesgo".[1364]

[1360] *Ibid.*, párrafo 279 (donde se cita la transcripción de la reunión conjunta del Grupo Especial con los expertos científicos, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 871).
[1361] *Ibid.*, párrafo 281.
[1362] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 70.
[1363] *Ibid.*, párrafo 71.
[1364] *Ibid.*, párrafo 72.

664. Los Estados Unidos rechazan también la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial asignó erróneamente la carga de la prueba en su análisis con arreglo al párrafo 7 del artículo 5. Los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial señaló con razón que "una de las particularidades de este caso"[1365] era que la alegación de las Comunidades Europeas fundada en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD se basaba en su afirmación de que las Comunidades Europeas se habían puesto en conformidad con el *Acuerdo MSF*. Teniendo en cuenta la preocupación de las Comunidades Europeas de que no se les debía exigir "demostrar algo negativo", lo único que el Grupo Especial exigió inicialmente fue que las Comunidades Europeas establecieran una presunción *prima facie* de conformidad con el *Acuerdo MSF*.[1366] Según los Estados Unidos, el Grupo Especial sólo desplazó la carga de la prueba a los Estados Unidos tras haber constatado que las Comunidades Europeas habían acreditado su argumento *prima facie*, y constató después que los Estados Unidos habían refutado esa demostración *prima facie* de conformidad con el *Acuerdo MSF* "presentando pruebas positivas que demostraban una infracción del *Acuerdo MSF*".[1367] Los Estados Unidos coinciden con el Grupo Especial en que "la carga [de la prueba] se desplazó repetidamente de una parte a la otra y en última instancia ambas se 'neutralizaron', dado que cada una presentó también pruebas en apoyo de sus alegaciones".[1368] Los Estados Unidos señalan, además, que el Grupo Especial "nunca calificó ni trató el párrafo 7 del artículo 5 como una excepción al párrafo 1 de ese artículo"[1369], por lo que la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial interpretó el párrafo 7 del artículo 5 como una excepción al párrafo 1 es una "especulación".[1370]

665. Los Estados Unidos sostienen que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que debe haber "una masa crítica de nuevos testimonios" para que testimonios científicos que antes eran suficientes sean "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. A juicio de los Estados Unidos, el criterio de "masa crítica" formulado por el Grupo Especial no impuso una prescripción cuantitativa mínima, porque se refiere a "una situación en la que los testimonios resultan suficientes cuantitativa y cualitativamente para poner en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores", de tal manera que la nueva información científica esté "en el origen de un cambio en la forma de entender una cuestión científica".[1371] Los Estados Unidos consideran "adecuado" que el Grupo Especial se centrara en la cuestión de "si los testimonios

[1365] *Ibid.*, párrafo 93 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.384).
[1366] *Ibid.*
[1367] *Ibid.*, párrafo 93.
[1368] *Ibid.*, párrafo 94 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.386).
[1369] *Ibid.*, párrafo 96.
[1370] *Ibid.*
[1371] *Ibid.*, párrafo 78 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.141). (no se reproducen las cursivas)

científicos pertinentes habían *pasado* a ser insuficientes"[1372] porque las cinco hormonas en litigio habían sido intensamente estudiadas durante décadas, las normas internacionales correspondientes a cuatro de ellas existían desde hacía más de 20 años, y las propias Comunidades Europeas habían alegado en el asunto *CE - Hormonas* que los testimonios científicos pertinentes sobre las cinco hormonas eran suficientes para permitirles realizar una evaluación del riesgo. Por lo tanto, había "numerosas" pruebas en el expediente que demostraban que los testimonios científicos pertinentes "[eran] y siguen siendo suficientes" para hacer una evaluación del riesgo en el caso de las cinco hormonas.[1373]

666. Por último, los Estados Unidos aducen que el Grupo Especial no dejó de hacer una evaluación objetiva de los hechos como exige el artículo 11 del ESD para llegar a sus constataciones con respecto al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Afirman que el Grupo Especial actuó dentro de los límites de sus facultades discrecionales, como instancia que decide sobre los hechos, al atribuir a los distintos elementos de prueba un peso e importancia diferentes de los que les atribuyen las Comunidades Europeas. Los Estados Unidos reiteran que "había numerosas pruebas en el expediente que demostraban que los testimonios científicos pertinentes"[1374] seguían siendo suficientes para hacer una evaluación del riesgo en el caso de las cinco hormonas, por lo que el examen del Grupo Especial acerca de si había una "'masa crítica de nuevos testimonios' fue correcto y estuvo bien fundado".[1375]

667. El Canadá también sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que los testimonios científicos pertinentes sobre las cinco hormonas objeto de la prohibición provisional no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

668. El Canadá sostiene que el Grupo Especial constató correctamente que la existencia de normas internacionales "implicaba" que existían testimonios suficientes para completar una evaluación del riesgo, en vista de la presunción de compatibilidad que rige para las medidas que se ajustan a las normas internacionales en virtud del párrafo 2 del artículo 3.[1376] Según el Canadá, el Grupo Especial aceptó que esa presunción podía ser refutada, al reconocer más adelante que testimonios anteriormente suficientes podían después resultar "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del

[1372] *Ibid.*, párrafo 80. (las cursivas figuran en el original)
[1373] *Ibid.*, párrafo 81.
[1374] *Ibid.* (donde se hace referencia a las observaciones formuladas por los Estados Unidos sobre las respuestas de los expertos científicos, el Codex, el JECFA y el CIIC a las preguntas formuladas por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo F, párrafos 47 y 48).
[1375] *Ibid.*, párrafo 82.
[1376] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 118 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.622).

artículo 5 cuando nuevos estudios "los pusieran en entredicho".[1377] El Canadá considera que el Grupo Especial excluyó correctamente del ámbito de su análisis en el marco del párrafo 7 del artículo 5 el nivel de protección escogido por las Comunidades Europeas. Afirma que el argumento de las Comunidades Europeas de que la "suficiencia" de los testimonios científicos depende del nivel de riesgo aceptable adoptado por un Miembro[1378] menoscaba los "fundamentos básicos" del *Acuerdo MSF*, con arreglo al cual el párrafo 7 del artículo 5 actúa como una "'válvula de seguridad' temporal"[1379] en los casos en que no hay testimonios científicos suficientes para que un Miembro pueda realizar una evaluación del riesgo que satisfaga las prescripciones del párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5.

669. El Canadá sostiene que el Grupo Especial no incurrió en error al asignar a las Comunidades Europeas la carga de demostrar la insuficiencia de los testimonios científicos a tenor del párrafo 7 del artículo 5. Considera, además, que el Grupo Especial caracterizó correctamente el párrafo 7 del artículo 5 como una "exención calificada"[1380] de la obligación dimanante del párrafo 2 del artículo 2 de no mantener medidas sanitarias o fitosanitarias sin testimonios científicos suficientes, y no desplazó a las Comunidades Europeas la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 hasta que se hubo convencido de que el Canadá había refutado suficientemente la alegación de cumplimiento de las Comunidades Europeas mediante pruebas positivas de una infracción de dicho párrafo. El Canadá afirma además que esa asignación de la carga de la prueba es compatible con la resolución del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, porque incumbía a las Comunidades Europeas, como parte que alegaba una infracción del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, demostrar que su medida de aplicación cumplía lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1381]

670. El Canadá aduce además que el Grupo Especial no incurrió en error al constatar que, en los casos en que se han realizado evaluaciones internacionales del riesgo de las sustancias en cuestión, se requeriría una "masa crítica" de nuevos testimonios para que los testimonios científicos pertinentes resultaran "insuficientes" a los efectos del párrafo 7 del artículo 5. El Canadá rechaza el argumento de las Comunidades Europeas de que el criterio de la "masa crítica" excluye *a priori* la posibilidad de que un Miembro de la OMC base su evaluación del riesgo en opiniones minoritarias respetables,

[1377] *Ibid.*, párrafo 119 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.598).
[1378] *Ibid.*, párrafo 121 (donde se hace referencia a la comunicación del apelado presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 397).
[1379] *Ibid.*, párrafo 122.
[1380] *Ibid.*, párrafo 114 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 80).
[1381] *Ibid.*, párrafo 115 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camisas y blusas de lana*, página 16).

porque en esos casos hay testimonios "intrínsecamente"[1382] suficientes para realizar una evaluación del riesgo que justifique la medida sanitaria o fitosanitaria. El Canadá afirma que el párrafo 7 del artículo 5 sólo es aplicable a los casos en que los testimonios científicos son insuficientes para realizar cualquier evaluación del riesgo "en absoluto", con independencia de que una medida se base en opiniones científicas minoritarias o generalizadas.[1383] El Canadá añade que el concepto de "masa crítica" utilizado por el Grupo Especial no especifica cuántos testimonios se necesitarían para hacer insuficientes los testimonios científicos que anteriormente eran suficientes, ni "excluye la posibilidad de que un estudio o una serie de estudios nuevos puedan poner en entredicho los supuestos científicos en los que se basa la comprensión actual de una cuestión científica".[1384] Por tanto, sostiene el Canadá, el criterio de la "masa crítica" adoptada por el Grupo Especial "establece correctamente un elevado umbral"[1385], que refleja la presunción, en esta diferencia, de que los testimonios científicos disponibles habían sido suficientes para adoptar las normas internacionales pertinentes.

671. El Canadá también afirma que el Grupo Especial no omitió realizar una evaluación objetiva de los hechos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del ESD al llegar a sus constataciones en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. El Canadá observa que el Grupo Especial, como instancia que decide sobre los hechos, tenía facultades discrecionales para determinar el peso que debía atribuirse a las declaraciones hechas por los expertos en el curso del procedimiento, así como para evaluar la experiencia y la credibilidad de éstos. El Canadá rechaza las alegaciones de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial "redujo sistemáticamente la importancia"[1386] a las opiniones de expertos que indicaban que los testimonios científicos eran insuficientes para realizar una evaluación del riesgo. Esas alegaciones no tienen en cuenta que el Grupo Especial, además de examinar las respuestas escritas de los expertos a las preguntas del Grupo Especial, pudo "observar a esos expertos" en las reuniones que mantuvo con ellos y "evaluar su respectiva experiencia y su credibilidad en ámbitos específicos".[1387] Por consiguiente, el Canadá considera que el recurso del Grupo Especial a las opiniones de esos expertos era plenamente compatible con su función en tanto instancia que decide sobre los hechos y, por ende, compatible con el artículo 11 del ESD.

672. Australia conviene con las Comunidades Europeas en que la existencia de normas internacionales no puede ser determinante de si hay testimonios suficientes para realizar una evaluación del riesgo con arreglo a la primera prescripción del párrafo 7 del artículo 5 del

[1382] *Ibid.*, párrafo 127.
[1383] *Ibid.*, párrafo 128.
[1384] *Ibid.*
[1385] *Ibid.*
[1386] *Ibid.*, párrafo 130 (donde se hace referencia a la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 427 y 429).
[1387] *Ibid.*, párrafo 130.

Acuerdo MSF.[1388] Australia considera también que en la interpretación del párrafo 7 del artículo 5 el Grupo Especial no dio la debida importancia a los derechos de los Miembros con arreglo al párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* en cuanto a adoptar medidas que den lugar a un nivel de protección más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas internacionales pertinentes.[1389]

673. Nueva Zelandia discrepa de las alegaciones de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error en su evaluación de la Directiva 2003/74/CE en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Nueva Zelandia aduce que correspondía a las Comunidades Europeas, en su condición de Miembro que había invocado el párrafo 7 del artículo 5, demostrar el cumplimiento de las condiciones establecidas en esa disposición.[1390] Nueva Zelandia sostiene que el Grupo Especial concluyó correctamente que las Comunidades Europeas no cumplieron esa carga.[1391]

E. *La constatación del Grupo Especial de que los testimonios científicos pertinentes en relación con las cinco hormonas no eran "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del* Acuerdo MSF

674. Con arreglo al párrafo 2 del artículo 2 del *Acuerdo MSF*, los Miembros de la OMC "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". Esta prescripción se pone en aplicación en otras disposiciones del *Acuerdo MSF*, entre ellas el párrafo 1 del artículo 5, que exige que las medidas sanitarias o fitosanitarias "se basen" en una evaluación del riesgo. Al mismo tiempo, el párrafo 2 del artículo 2 excluye de su ámbito de aplicación las situaciones en que los testimonios científicos pertinentes son insuficientes. En tales casos la disposición aplicable es el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En consecuencia, la aplicabilidad del párrafo 2 del artículo 2 y del párrafo 1 del artículo 5, por una parte, y del párrafo 7 del artículo 5, por otra parte, dependerá de la suficiencia de los testimonios científicos. El Órgano de Apelación ha explicado que los testimonios científicos pertinentes se considerarán "insuficientes" a los efectos del párrafo 7 del artículo 5 "si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*".[1392] Esto significa que si los testimonios

[1388] Comunicación presentada por Australia en calidad de tercero participante, párrafo 55.
[1389] *Ibid.*, párrafo 56.
[1390] Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante, párrafo 3.58.
[1391] *Ibid.*, párrafo 3.60.
[1392] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 179.

científicos pertinentes son suficientes para realizar una evaluación del riesgo, conforme a la definición del Anexo A del *Acuerdo MSF*, un Miembro de la OMC sólo puede adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria si "se basa" en una evaluación del riesgo conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 y esa medida sanitaria o fitosanitaria también está sujeta a las obligaciones del párrafo 2 del artículo 2. Si los testimonios científicos pertinentes son insuficientes para realizar una evaluación del riesgo, el Miembro de la OMC puede adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria provisional sobre la base de lo previsto en el párrafo 7 del artículo 5, pero debe cumplir las obligaciones estipuladas en esa disposición.

675. Tras haber analizado la relación existente entre el párrafo 2 del artículo 2 y los párrafos 1 y 7 del artículo 5, nos referiremos ahora a las condiciones para la aplicación de una medida sanitaria o fitosanitaria provisional con arreglo a la última de esas disposiciones. El párrafo 7 del artículo 5 dispone lo siguiente:

> Cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes, un Miembro podrá adoptar provisionalmente medidas sanitarias o fitosanitarias sobre la base de la información pertinente de que disponga, con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otras partes contratantes. En tales circunstancias, los Miembros tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo y revisarán en consecuencia la medida sanitaria o fitosanitaria en un plazo razonable.

676. El Órgano de Apelación ha explicado que el párrafo 7 del artículo 5 establece cuatro obligaciones. Dos de ellas estipulan condiciones que deben cumplirse antes de adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria provisional. Las otras dos obligaciones son condiciones para el mantenimiento de la medida sanitaria o fitosanitaria provisional después de su adopción. Esas cuatro obligaciones son las siguientes:

> 1) [la medida] se impone con respecto a una situación "cuando los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes";
>
> 2) [la medida] es adoptada "sobre la base de la información pertinente de que se disponga".
>
> 3) [el Miembro que ha adoptado la medida] "trat[e] de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo"; y

> 4) [el Miembro que ha adoptado la medida] "revis[e] en consecuencia la medida ... en un plazo razonable".[1393]

677. El párrafo 7 del artículo 5 comienza con el requisito de que los "testimonios científicos pertinentes" sean "insuficientes". Como ya se ha explicado, los testimonios científicos pertinentes son "insuficientes" si "el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*".[1394] El párrafo 1 del artículo 5 permite a los Miembros de la OMC basar sus medidas sanitarias o fitosanitarias en opiniones discrepantes o minoritarias siempre que provengan de fuentes calificadas o respetadas.[1395] Por lo tanto, la existencia de una controversia científica no basta por sí sola para llegar a la conclusión de que los testimonios científicos pertinentes son "insuficientes". Es posible realizar una evaluación del riesgo que cumpla las prescripciones del párrafo 1 del artículo 5 aunque haya entre los científicos opiniones divergentes en relación con determinado riesgo. En cambio, el párrafo 7 del artículo 5 trata de situaciones en que las deficiencias del conjunto de los testimonios científicos no permiten a un Miembro de la OMC llegar a una conclusión suficientemente objetiva en relación con el riesgo. Al determinar si existen o no esas deficiencias, un Miembro no debe excluir la consideración de testimonios científicos pertinentes de fuentes calificadas y respetadas. Cuando existe, entre otras opiniones, una opinión científica calificada y respetada que pone en tela de juicio la relación entre los testimonios científicos pertinentes y las conclusiones relativas al riesgo, y que no permite la realización de una evaluación suficientemente objetiva del riesgo sobre la base de los testimonios científicos existentes, el Miembro puede adoptar medidas provisionales con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 sobre la base de esa opinión calificada y respetada.

678. El derecho de los Miembros de la OMC a adoptar medidas provisionales en los casos en que la información científica pertinente sea "insuficiente" también está sujeto al requisito de que esas medidas se adopten "sobre la base de la información pertinente de que [dispongan]". Esa información puede incluir la procedente de "las organizaciones internacionales competentes" o la derivada de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otros Miembros de la OMC. Por lo tanto, el párrafo 7 del artículo 5 contempla situaciones en que existen algunos fundamentos probatorios que indican la posible existencia de un riesgo, pero no los suficientes para permitir la realización de una evaluación del riesgo. Además, tiene que existir una relación racional y objetiva entre la información referente a determinado riesgo y la medida sanitaria o fitosanitaria provisional que adopte el Miembro. En este sentido, el párrafo 7 del artículo 5 proporciona "una 'válvula de seguridad' temporal en los casos en

---

[1393] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 89.
[1394] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 179.
[1395] Véase la sección VI.E *supra*.

que hay algunos testimonios, pero no los suficientes para realizar una evaluación del riesgo completa, lo que hace imposible cumplir la normas más rigurosas que establecen el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5".[1396]

679. La segunda frase del párrafo 7 del artículo 5 exige que la información pertinente de que disponga el Miembro, que sirve de base a su medida sanitaria o fitosanitaria provisional, se complemente con "la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo", "en un plazo razonable". Como señaló el Órgano de Apelación, estas dos condiciones "guardan relación con el *mantenimiento* de una medida [sanitaria o] fitosanitaria provisional y ponen de relieve el carácter *provisional* de las medidas adoptadas de conformidad con el párrafo 7 del artículo 5".[1397] La prescripción de que los Miembros de la OMC "tratarán de obtener la información adicional necesaria para una evaluación más objetiva del riesgo" supone que, en el momento de adoptar la medida provisional, el Miembro de la OMC debe esforzarse al máximo por suplir las insuficiencias de los testimonios científicos pertinentes con investigaciones científicas adicionales o mediante el acopio de información procedente de organizaciones internacionales pertinentes o de otras fuentes.[1398] De lo contrario, el carácter provisional de las medidas adoptadas con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 perdería su significado. La "insuficiencia" de los testimonios científicos no es una situación perpetua, sino de transición, y sólo dura hasta el momento en que el Miembro que impone la medida obtiene los testimonios científicos adicionales que permiten realizar una evaluación más objetiva del riesgo. El Órgano de Apelación ha señalado que el párrafo 7 del artículo 5 no estipula "requisitos previos explícitos en relación con la información adicional que debe obtenerse o acerca de un procedimiento específico de obtención de la misma".[1399] Sin embargo, el Miembro de la OMC que se propone adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria provisional debe estar en condiciones de identificar las insuficiencias de los testimonios científicos pertinentes y las medidas que se propone adoptar para obtener la información adicional que necesitará para resolver esas deficiencias a fin de realizar una evaluación más objetiva y revisar la medida provisional en un plazo razonable. La información adicional que se reúna "debe permitir" efectuar la evaluación del riesgo concreto.[1400] El párrafo 7 del artículo 5 obliga a los Miembros a tratar de obtener información adicional, pero no se pretende que garanticen resultados específicos. Tampoco se pretende que en el momento en que adoptan la medida sanitaria o fitosanitaria puedan predecir los resultados efectivos de sus esfuerzos para reunir

[1396] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 114.
[1397] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, nota 318 al párrafo 176. (las cursivas figuran en el original)
[1398] De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo MSF*, deben tenerse en cuenta debidamente las necesidades especiales de los países en desarrollo Miembros respecto de sus posibilidades de obtener información adicional para una evaluación más objetiva del riesgo.
[1399] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 92.
[1400] *Ibid.*

información adicional. Por último, el Miembro que adopta la medida sanitaria o fitosanitaria provisional debe revisarla en un plazo razonable.[1401]

680. Sin embargo, estas cuatro condiciones establecidas en el párrafo 7 del artículo 5 deben interpretarse teniendo presente que el principio de cautela se encuentra reflejado en esa disposición.[1402] Como destacó el Órgano de Apelación:

> el Grupo Especial que se ocupe de determinar, por ejemplo, si existen "testimonios científicos suficientes" para justificar que un Miembro mantenga determinada medida sanitaria o fitosanitaria puede, por supuesto, y debe tener presente que los gobiernos responsables y representativos generalmente actúan desde una perspectiva de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo la terminación de la vida, para la salud de los seres humanos.[1403]

En las situaciones de emergencia, por ejemplo, los Miembros de la OMC pueden adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias provisionales sobre la base de una información limitada, y las disposiciones que adopten para cumplir su obligación de tratar de obtener información adicional y revisar la medida habrán de evaluarse a la luz de las exigencias de la situación de emergencia.

681. Las Comunidades Europeas aducen que las medidas sanitarias y fitosanitarias "se basan" en una evaluación del riesgo conforme al párrafo 1 del artículo 5, o de lo contrario los testimonios científicos pertinentes serán "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 de ese artículo, de modo que pueden justificarse medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales. No estamos de acuerdo. Puede haber situaciones en que los testimonios científicos pertinentes sean suficientes para realizar una evaluación del riesgo y el Miembro de la OMC realiza esa evaluación pero no adopta una medida sanitaria o fitosanitaria, ya sea porque la evaluación no confirma la existencia del riesgo o porque el riesgo establecido no excede del nivel de protección escogido por el Miembro. También puede haber situaciones en que no se disponga de información científica pertinente que indique un riesgo, de modo que no se justificaría una medida sanitaria o fitosanitaria ni siquiera con carácter provisional.

1. La insuficiencia y el nivel de protección aceptable

682. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial, al determinar si los testimonios científicos pertinentes son "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*,

---

[1401] "[L]o que se entiende por 'plazo razonable' ... está en función de las circunstancias específicas de cada caso, especialmente de la dificultad de obtener la información adicional necesaria para el examen *y* las características de la [medida sanitaria o fitosanitaria] provisional." (*Ibid.*, párrafo 93.) (las cursivas figuran en el original)

[1402] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 124.

[1403] *Ibid.*

no tuvo en cuenta que las Comunidades Europeas habían escogido un nivel de protección más elevado.[1404] Según las Comunidades Europeas, el contexto que proporciona el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo, y su referencia al artículo 5, obliga a que los grupos especiales tomen en consideración el nivel de protección escogido por un Miembro al examinar si se cumplen o no los requisitos del párrafo 7 del artículo 5. Como ya hemos señalado, el párrafo 3 del artículo 3 permite a los Miembros de la OMC adoptar medidas que den lugar a un nivel de protección más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas internacionales pertinentes.

683. Los Estados Unidos y el Canadá, en sus respectivas comunicaciones del apelado, destacan que la evaluación del riesgo es un proceso "objetivo" encaminado a determinar y evaluar un riesgo determinado, y que, por consiguiente, el nivel adecuado de protección de un Miembro es totalmente independiente de la cuestión de si los testimonios científicos son "insuficientes" para realizar una evaluación del riesgo.[1405] En la audiencia, sin embargo, los Estados Unidos y el Canadá reconocieron que el nivel de protección escogido puede tener una función en cuanto a enmarcar el alcance y los métodos de una evaluación del riesgo en el caso particular de un Miembro de la OMC que opta por un nivel de protección más elevado que el que se lograría con una medida basada en la norma internacional.

684. El Grupo Especial observó que los términos del párrafo 1 del artículo 5 y el Anexo A del *Acuerdo MSF* "no indican que el nivel de protección de un Miembro sea pertinente para determinar si una evaluación del riesgo puede realizarse o no".[1406] El Grupo Especial citó, aprobándolo, el razonamiento del Grupo Especial que se ocupó del asunto *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* cuando declaró que "los objetivos de protección que pretende alcanzar un legislador ... pueden influir en los riesgos que un Miembro decide evaluar ... [y] los objetivos de protección de un legislador son sin duda pertinentes a la determinación de las medidas ... que es preciso adoptar ... para lograr el nivel de protección contra el riesgo de un Miembro, pero no parece haber ninguna relación entre los objetivos de protección de un legislador y la tarea de evaluar la existencia y magnitud de los posibles riesgos".[1407] El Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

> La evaluación de si hay o no testimonios científicos suficientes para hacer una evaluación del riesgo debe ser un proceso objetivo. El nivel de protección definido por cada Miembro puede ser pertinente para determinar la medida que ha de

[1404] Véase la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 397 y 398.
[1405] Véanse la comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafos 72 y 73; y la comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafos 121 y 122.
[1406] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.609; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.587.
[1407] *Ibid.* (donde se cita el informe del Grupo Especial, *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, párrafo 7.3238).

> seleccionarse para hacer frente al riesgo evaluado, pero no debe influir en la realización de la evaluación del riesgo como tal.
>
> En efecto, el hecho de que un Miembro considere que su población debe estar o no expuesta a un riesgo determinado, o a qué nivel, no es pertinente para determinar si existe un riesgo o cuál es su magnitud. *A fortiori*, no debería tener ningún efecto en la determinación de si hay testimonios suficientes de la existencia y la magnitud de este riesgo.
>
> Un Miembro que tenga aversión a asumir riesgos puede inclinarse a adoptar una posición de protección cuando considere la medida que ha de adoptarse. Sin embargo, la determinación de si los testimonios científicos son suficientes para evaluar la existencia y la magnitud de un riesgo deben desconectarse del nivel deseado de protección.[1408]

685. El Miembro de la OMC que adopte una medida sanitaria o fitosanitaria que dé lugar a un nivel de protección más elevado que el que se lograría con medidas basadas en normas internacionales debe asegurarse, sin embargo, de que su medida sanitaria o fitosanitaria se ajuste a las demás prescripciones del *Acuerdo MSF*, en particular de su artículo 5.[1409] Esto comprende el requisito de realizar una evaluación del riesgo.[1410] Al mismo tiempo reconocemos que, para realizar una evaluación del riesgo, el Miembro de la OMC puede necesitar información científica no examinada en el proceso que condujo a la adopción de la norma internacional. No advertimos en el párrafo 3 del artículo 3 ni en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* ningún fundamento para la conclusión de que los Miembros de la OMC que opten por un nivel de protección más elevado que el que se lograría con una medida basada en una norma internacional deban enmarcar el alcance y los métodos de evaluación del riesgo, con inclusión de la información científica que haya de examinarse, en la misma forma que el organismo internacional que realizó la evaluación del riesgo en que se basó la norma internacional. Por lo tanto, cuando el nivel de protección escogido es más elevado que el que se lograría con una medida basada en una norma internacional, ello puede tener alguna influencia en el alcance o el método de la evaluación del riesgo. En esa situación, el hecho de que el Miembro de la OMC haya elegido fijar un nivel más alto de protección puede obligarlo a hacer, como parte de su evaluación del riesgo, determinadas investigaciones que sean diferentes de los parámetros

[1408] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.610-7.612; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.588-7.590.

[1409] Párrafo 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.

[1410] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafos 176 y 177.

considerados y de las investigaciones realizadas en la evaluación del riesgo en que se basa la norma internacional.[1411]

686. Por estas razones, discrepamos de la constatación del Grupo Especial según la cual "la determinación de si los testimonios científicos son suficientes para evaluar la existencia y la magnitud de un riesgo deben desconectarse del nivel deseado de protección".[1412] Destacamos, sin embargo, que cualquiera que sea el nivel de protección que escoja un Miembro de la OMC, ello no determina de antemano el resultado de su determinación sobre la suficiencia de los testimonios científicos pertinentes. La determinación acerca de si los testimonios científicos de que se dispone son o no suficientes para realizar una evaluación del riesgo debe seguir siendo, en lo esencial, un proceso riguroso y objetivo.[1413]

687. Las Comunidades Europeas hacen referencia al nivel de protección escogido en apoyo de su argumento según el cual la existencia de evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA con respecto a las cinco hormonas no significa necesariamente que los testimonios científicos pertinentes fueran suficientes para que las Comunidades Europeas llevaran a cabo su propia evaluación del riesgo. Las Comunidades Europeas explicaron ante el Grupo Especial que "los testimonios que sirvieron de base para las evaluaciones de 1988 y 1999-2000 del JECFA no son suficientes 'para hacer una evaluación definitiva del riesgo en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, en particular por los Miembros de la OMC que aplican una nivel elevado de protección de la salud en el que no se acepta ningún riesgo derivado de la exposición a residuos adicionales innecesarios en la carne de animales tratados con hormonas para promover el crecimiento'".[1414] Examinaremos seguidamente esta cuestión.

[1411] Hemos señalado ya que, en la audiencia, los Estados Unidos y el Canadá reconocieron que el nivel aceptable de riesgo puede tener en ciertos casos una función, aunque limitada, respecto de la evaluación del riesgo.

[1412] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.612; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.590.

[1413] El Órgano de Apelación ha declarado, en relación con la evaluación del riesgo prevista en el párrafo 1 del artículo 5, que esa evaluación "no debe verse distorsionada por opiniones preconcebidas sobre la naturaleza y el contenido de la medida que ha de adoptarse; y tampoco debe convertirse en una actividad específicamente diseñada y desarrollada con la finalidad de justificar decisiones *ex post facto*". (Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 208.)

[1414] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.604; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.579 (donde se cita la Segunda comunicación escrita de las Comunidades Europeas, párrafo 149, y la respuesta de las Comunidades Europeas a la pregunta 31 formulada por el Grupo Especial después de la primera reunión sustantiva, informes del Grupo Especial, anexo B-1, párrafos 167-172).

2. Pertinencia de las normas internacionales con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

688. Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que la existencia de normas internacionales demuestra la "suficiencia" de los testimonios científicos para hacer una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, y de ese modo impide la adopción de las medidas provisionales previstas en el párrafo 7 de ese artículo. Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial consideró que la existencia de normas internacionales establecía una "presunción irrefutable"[1415] de que en este caso los testimonios científicos pertinentes no son "insuficientes" a los efectos del párrafo 7 del artículo 5.

689. El Grupo Especial, después de recordar que existían normas, directrices o recomendaciones internacionales respecto de la progesterona, la testosterona, el acetato de trembolona y el zeranol, observó "el importante papel asignado"[1416] por el *Acuerdo MSF* a las normas internacionales, recordando que el párrafo 2 del artículo 3 de ese Acuerdo dispone que las medidas que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales se considerarán compatibles con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF*. Sobre esta base, el Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

> La presunción de compatibilidad de las medidas que se ajustan a las normas, directrices y recomendaciones internacionales con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* implica que estas normas, directrices y recomendaciones, en particular aquellas a que se hace referencia en este caso, se basan en evaluaciones del riesgo que satisfacen las prescripciones del *Acuerdo MSF*. En consecuencia, esto significa que había suficientes datos para que el JECFA hiciera las evaluaciones del riesgo apropiadas.[1417]

690. En relación con el MGA, el Grupo Especial señaló que, aunque el Codex no había adoptado ninguna norma para esa sustancia, se habían hecho "trabajos intensivos"[1418] al nivel internacional. El Grupo Especial observó que el JECFA realizó dos evaluaciones del MGA, en 2000 y 2004, y el MGA está actualmente en el trámite 7 del procedimiento de elaboración de normas del Codex. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que "el papel de JECFA en el proceso de evaluación internacional del riesgo es tal que debe darse alguna relevancia a esa labor".[1419]

[1415] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 406.

[1416] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.643; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.621.

[1417] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.644; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.622.

[1418] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.813; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.799.

[1419] *Ibid.*

691. En apelación, las Comunidades Europeas aducen que, con arreglo a la interpretación del Grupo Especial, "la mera existencia de una norma internacional haría, *ipso jure*, que fuera imposible para los Miembros adoptar medidas con arreglo al párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1420] Según las Comunidades Europeas, la presunción de conformidad con el régimen de la OMC que se aplica a las medidas que se ajustan a normas internacionales en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*[1421] no impone necesariamente la conclusión de que la evaluación del riesgo en que se basan las normas internacionales está en conformidad con el *Acuerdo MSF*; ni tampoco determina esa presunción que los testimonios científicos en que se apoyan las normas internacionales sean suficientes para hacer una evaluación del riesgo conforme al párrafo 1 del artículo 5. Así ocurre particularmente cuando un Miembro opta por no ajustarse a esas normas internacionales con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 y establece medidas que dan lugar a un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría con las medidas basadas en normas internacionales, conforme al párrafo 3 del artículo 3.

692. Como se reconoce en el preámbulo del *Acuerdo MSF*, uno de sus objetivos primordiales es "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".[1422] Este objetivo se manifiesta en el artículo 3 del *Acuerdo MSF*, que alienta la armonización de las medidas sanitarias y fitosanitarias sobre la base de normas internacionales, a la vez que reconoce el derecho de los Miembros de la OMC de determinar su nivel de protección adecuado.[1423] El párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* establece que 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".

[1420] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 393.

[1421] El párrafo 2 del artículo 3 dispone lo siguiente:

> Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994.

[1422] Véase también el informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 165.

[1423] Como explicó el Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*:

> 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.

(*Ibid.*, párrafo 177.)

693. Las "normas, directrices o recomendaciones internacionales" pertinentes a que se refieren los párrafo 1 y 2 del artículo 3 son las establecidas por las organizaciones internacionales enumeradas en el párrafo 3 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, entre las cuales figura el Codex como organización de normalización competente para los asuntos relativos a la inocuidad de los alimentos.[1424] Como ya hemos señalado, el Codex adopta normas internacionales con respecto a los residuos de medicamentos veterinarios sobre la base de evaluaciones realizadas por el JECFA. En este caso, el Codex ha adoptado normas internacionales referentes a la testosterona, la progesterona, el acetato de trembolona y el zeranol sobre la base de una evaluación llevada a cabo por el JECFA.[1425] Además, el Codex ha iniciado un proceso de normalización para el MGA, también sobre la base de una evaluación del JECFA, pero ese proceso no ha concluido todavía.

694. Por consiguiente, es un hecho no controvertido que el JECFA ha realizado evaluaciones del riesgo respecto de las seis hormonas en litigio y que el Codex ha adoptado normas internacionales referentes a cinco de ellas sobre la base de evaluaciones del riesgo del JECFA. El hecho de que el JECFA haya realizado evaluaciones del riesgo respecto de las seis hormonas significa que los testimonios científicos pertinentes, según su estimación, eran suficientes para hacerlo. El párrafo 2 del artículo 3 dispone que se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con las normas internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* y del GATT de 1994. Esta presunción no se aplica, sin embargo, cuando un Miembro no ha adoptado una medida que está en conformidad con una norma internacional. El párrafo 2 del artículo 3 es inaplicable cuando un Miembro elige un nivel de protección más elevado que el que se lograría con una medida basada en una norma internacional. La presunción del párrafo 2 del artículo 3 no puede interpretarse atribuyéndole el significado de que existen testimonios científicos suficientes para realizar una evaluación del riesgo cuando un Miembro ha elegido un nivel de protección más elevado.

695. Confirma lo anterior el párrafo 7 del artículo 5, que dispone que los Miembros de la OMC pueden adoptar medidas sanitarias o fitosanitarias provisionales "sobre la base de la información pertinente de que disponga[n], con inclusión de la procedente de las organizaciones internacionales competentes y de las medidas sanitarias o fitosanitarias que apliquen otros Miembros". El párrafo 7 del artículo 5 no contiene ninguna indicación de que los Miembros de la OMC no puedan adoptar una

[1424] El apartado a) del párrafo 3 del Anexo A del *Acuerdo MSF* dice así:
… en materia de inocuidad de los alimentos, las normas, directrices y recomendaciones establecidas por la Comisión del Codex Alimentarius sobre aditivos alimentarios, residuos de medicamentos veterinarios y plaguicidas, contaminantes, métodos de análisis y muestreo, y códigos y directrices sobre prácticas en materia de higiene.
[1425] Véase *supra*, nota 933.

medida sanitaria o fitosanitaria provisional cuando una organización internacional competente u otro Miembro haya realizado una evaluación del riesgo. No es forzoso que la información de las organizaciones internacionales competentes deba considerarse "suficiente" para hacer una evaluación del riesgo, ya que puede formar parte de la "información pertinente de que disponga" el Miembro y que le sirve de base para una medida sanitaria o fitosanitaria provisional con arreglo al párrafo 7 del artículo 5. Además, los testimonios científicos en que puede haberse apoyado un organismo internacional al hacer la evaluación del riesgo que condujo a la adopción de una norma internacional en determinado momento pueden haber dejado de ser válidos, o haber pasado a ser insuficientes a la luz de la evolución científica ulterior. Por lo tanto, la existencia de una evaluación del riesgo realizada por el JECFA no significa que los testimonios científicos en que se basó deban considerarse suficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.

696. A nuestro juicio, es razonable que un Miembro de la OMC que impugna la compatibilidad de una medida sanitaria o fitosanitaria provisional adoptada por otro Miembro con el párrafo 7 del artículo 5 presente las evaluaciones del riesgo efectuadas por el JECFA y los estudios que las respaldaron, que llevaron a la adopción de normas internacionales, como prueba de que los testimonios científicos no son insuficientes para realizar una evaluación del riesgo. Pero tales pruebas no son concluyentes y pueden ser refutadas por el Miembro que ha adoptado la medida sanitaria o fitosanitaria provisional.

697. Las Comunidades Europeas aducen que el Grupo Especial consideró que la existencia de normas internacionales establecía "una presunción irrefutable"[1426] de que los testimonios científicos pertinentes no eran "insuficientes" en este caso a los efectos del párrafo 7 del artículo 5. Como ya hemos señalado, la existencia de una norma internacional no genera una presunción legal de suficiencia a los efectos del párrafo 7 del artículo 5. El Grupo Especial reconoció que "[n]o se puede excluir la posibilidad de que nuevos testimonios o información científicos pongan en tela de juicio los testimonios existentes" y admitió la posibilidad de que "diferentes evaluaciones del riesgo lleguen a diferentes interpretaciones de los mismos testimonios científicos".[1427] El Grupo Especial examinó los argumentos concretos planteados por las Comunidades Europeas acerca de las insuficiencias que advertía en los testimonios científicos tomados en consideración en la evaluación del riesgo realizada por el JECFA. El Grupo Especial no habría tenido necesidad de efectuar tal evaluación si hubiera considerado que la existencia de normas internacionales establecía una presunción irrefutable de que los testimonios científicos pertinentes no eran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.

[1426] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 406.
[1427] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.645; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.623.

Por lo tanto, no vemos ningún defecto en el proceder del Grupo Especial en la medida en que trató las pruebas en que se había basado la evaluación del riesgo realizada por el JECFA como dotadas de valor probatorio para determinar si los testimonios científicos pertinentes eran o no insuficientes. A nuestro juicio, la existencia de evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA respecto de las cinco hormonas en litigio tiene valor probatorio, pero no es concluyente por lo que respecta a si los testimonios científicos pertinentes en relación con esas hormonas son o no "insuficientes" en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.

698. El Grupo Especial se apoyó en la existencia de normas internacionales al adoptar un criterio de "masa crítica" para determinar cuándo la información científica que anteriormente se consideró suficiente pasa a ser insuficiente a los efectos del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas también impugnan este criterio en apelación. Examinaremos esa cuestión en la sección que sigue.

3. El criterio de la "masa crítica" adoptado por el Grupo Especial para determinar una "insuficiencia" en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

699. Las Comunidades Europeas afirman que el criterio de la "masa crítica" adoptado por el Grupo Especial imponía un "umbral cuantitativo y cualitativo elevado" en exceso con respecto a los nuevos testimonios que se necesitan para que resulten "insuficientes" testimonios científicos anteriormente considerados suficientes.[1428] Según las Comunidades Europeas, la calidad de los testimonios científicos es más importante que la cantidad, y por consiguiente incluso un estudio único podría considerarse *a priori* suficiente para poner en tela de juicio la suficiencia de los testimonios científicos anteriores.[1429] Las Comunidades Europeas añaden que el criterio de la "masa crítica" adoptado por el Grupo Especial de hecho excluía la aplicación del principio de cautela en la interpretación de los párrafos 1 y 7 del artículo 5, porque los testimonios científicos pasarían inmediatamente de un estado de insuficiencia, a tenor del párrafo 7 del artículo 5, a un estado de suficiencia, a tenor del párrafo 1 del artículo 5.[1430]

700. Tanto los Estados Unidos como el Canadá aceptan que testimonios que en un determinado momento eran suficientes para hacer una evaluación del riesgo podrían resultar más tarde insuficientes.[1431] Los Estados Unidos dijeron que esto podría suceder, por ejemplo, si apareciera una

[1428] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 412.
[1429] *Ibid.*, párrafo 413.
[1430] *Ibid.*, párrafo 427.
[1431] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.617; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.593.

nueva vía de riesgo sobre la cual la información fuera insuficiente.[1432] El Canadá citó a título de ejemplo una situación en la que hay nuevos datos científicos que identifican nuevos efectos adversos o efectos adversos con niveles de exposición más bajos.[1433] Otro ejemplo citado por el Canadá fue la identificación de nuevas fuentes de exposición.[1434] El Grupo Especial reconoció también que:

> ... [p]odría haber incluso situaciones en que los testimonios científicos existentes pueden resultar cuestionados por nuevos estudios y nueva información. Podría haber incluso situaciones en que los testimonios que apoyaban una evaluación del riesgo resultaran cuestionados por nuevos estudios que en sí mismos no constituyen testimonios científicos pertinentes suficientes para apoyar una evaluación del riesgo pero sí para hacer insuficientes las pruebas científicas existentes que eran antes pertinentes.[1435] (no se reproduce la nota de pie de página)

701. Estamos de acuerdo en que el progreso científico podría inducir a un Miembro de la OMC o a una organización internacional a reconsiderar la evaluación del riesgo en que se basa una medida sanitaria o fitosanitaria. En algunos casos, nuevos avances científicos permitirán a un Miembro de la OMC realizar una nueva evaluación del riesgo con el suficiente grado de objetividad. Sin embargo, puede haber situaciones en que los nuevos avances científicos de por sí no permitan realizar una nueva evaluación del riesgo que sea suficientemente objetiva. Esa situación quedaría comprendida en el ámbito de aplicación del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

702. El Órgano de Apelación ha explicado que "los 'testimonios científicos pertinentes' serán 'insuficientes' en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del Acuerdo MSF".[1436] El conjunto de testimonios científicos en que se basa una evaluación del riesgo puede complementarse siempre con información adicional. De hecho, la naturaleza del estudio científico es tal que siempre resulta posible realizar más investigaciones u obtener información adicional. La posibilidad de llevar a cabo nuevas investigaciones o de analizar información adicional no significa, por sí sola, que los testimonios científicos pertinentes sean o pasen a ser insuficientes.

[1432] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.617.

[1433] Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.593.

[1434] Además, el Canadá mencionó la situación en que hay un cambio en la comprensión básica de un evento biológico activado por el producto químico objeto de evaluación. (Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.593.)

[1435] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.620; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.598.

[1436] Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Manzanas*, párrafo 179.

703. Además, como observó el Grupo Especial, la ciencia evoluciona constantemente.[1437] Puede ser útil concebir el grado de cambio como un espectro. En uno de sus extremos se sitúan los avances incrementales de la ciencia. Cuando estos avances científicos son marginales, no justifican la conclusión de que testimonios anteriormente suficientes han pasado a ser insuficientes. En el otro extremo se sitúan los cambios científicos más radicales que dan lugar a un cambio de paradigma. Estos cambios radicales no son frecuentes. Limitar la aplicación del párrafo 7 del artículo 5 a aquellas situaciones en que los avances científicos dan lugar a un cambio de paradigma constituiría un planteamiento demasiado inflexible. Se debería permitir a los Miembros de la OMC adoptar una medida provisional cuando nuevos testimonios procedentes de una fuente competente y respetada ponen en tela de juicio la relación entre el conjunto de testimonios científicos preexistente y las conclusiones con respecto a los riesgos. Nos referimos a aquellas circunstancias en que nuevos testimonios científicos siembran dudas en cuanto a si el conjunto de testimonios científicos anteriormente existente sigue permitiendo realizar una evaluación del riesgo suficientemente objetiva.

704. El Grupo Especial examinó a continuación lo que entendía por "insuficiencia" en aquellos casos específicos en que existen normas internacionales para la sustancia de que se trate y llegó a la siguiente conclusión:

> En consecuencia, concluimos que si ya existen testimonios pertinentes, no bastará cualquier grado de insuficiencia para satisfacer el criterio del párrafo 7 del artículo 5 de que "los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes". Teniendo en cuenta nuestro razonamiento anterior, en particular con respecto a la incertidumbre científica y la existencia de normas internacionales, consideramos que, dependiendo de los testimonios pertinentes existentes, debe haber una *masa crítica* de nuevos testimonios y/o información que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes. En el caso actual, en que se han hecho evaluaciones del riesgo y se ha acumulado una cantidad considerable de testimonios de buena calidad, esto sería posible solamente si con ellos se cuestionaran los testimonios pertinentes existentes *hasta el punto de que* esos testimonios no sean ya suficientes para apoyar las conclusiones de las evaluaciones del riesgo existentes.[1438] (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)

705. La afirmación del Grupo Especial de que "debe haber una *masa crítica* de nuevos testimonios y/o información que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes" podría interpretarse en el sentido de que exige que los nuevos testimonios científicos

[1437] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.645; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.623.

[1438] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.648; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.626.

den lugar a un cambio de paradigma. Como ya hemos dicho, ese planteamiento es demasiado inflexible. Aunque los nuevos testimonios deban poner en tela de juicio la relación entre el conjunto de testimonios científicos y las conclusiones con respecto al riesgo, no es necesario que alcancen el nivel de un cambio de paradigma.

706. Algunas de las afirmaciones del Grupo Especial destinadas a explicar lo que entendía por "masa crítica" pueden interpretarse de manera análoga en el sentido de que exigen un cambio de paradigma, lo que supone un umbral demasiado alto. En la etapa intermedia de reexamen, las Comunidades Europeas pidieron al Grupo Especial que indicara el origen del criterio de la "masa crítica" y explicara cómo se conciliaba con las constataciones del Órgano de Apelación en la diferencia *CE - Hormonas*. El Grupo Especial respondió lo siguiente:

> El Grupo Especial utilizó la expresión "masa crítica" con pleno conocimiento de su significado[294], con referencia a una situación en la que los testimonios resultan suficientes cuantitativa y cualitativamente para poner en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores. El Grupo Especial no quiere decir que sea preciso que haya testimonios suficientes para realizar una nueva evaluación del riesgo. De lo contrario, el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* carecería de sentido. El Grupo Especial utilizó la expresión "masa crítica" de forma muy parecida a la que se usa comúnmente en la ciencia, en el sentido de que las nuevas informaciones y testimonios científicos deben ser de tal naturaleza que estén *en el origen* de un cambio en la forma de entender una cuestión científica. No entendemos en qué sentido este enfoque del Grupo Especial, que es aplicable a la situación concreta que se da en el presente caso (es decir, una situación en la que una parte alega que los testimonios científicos que antes eran suficientes se han convertido en insuficientes) puede ser contrario a las constataciones del Órgano de Apelación en *CE - Hormonas*.[1439] (las cursivas figuran en el original)

[294] En matemáticas y física se define "*critical*" ("crítico") como "*constituting or relating to a point of transition from one state, etc. to another*" ("constitutivo de un punto de transición de un estado, etc. a otro o relativo al mismo"). Por "*critical size*" ("tamaño crítico") o "*critical mass*" ("masa crítica") se entiende el tamaño o masa mínimo de un cuerpo de determinado material fisionable necesario para que se mantenga una reacción nuclear en cadena (*Shorter Oxford English Dictionary*, quinta edición (1993), página 558). Dicho de otra forma, el Grupo Especial evaluó si se le habían presentado los testimonios mínimos necesarios para llegar a la conclusión de que había conocimientos cuantitativa y cualitativamente suficientes para poner en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores.

707. En el razonamiento citado *supra*, el Grupo Especial exigió una vez más que los testimonios científicos fueran "suficientes para poner en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores". La explicación del Grupo Especial de que "las nuevas

[1439] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.141; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.133.

informaciones y testimonios científicos deben ser de tal naturaleza que estén *en el origen* de un cambio en la forma de entender una cuestión científica" connota también un cambio de paradigma.

708. Hemos observado anteriormente que la existencia de una norma internacional para la cual se había realizado una evaluación del riesgo podía ser ofrecida como prueba para respaldar una afirmación de que los testimonios científicos pertinentes no son insuficientes, en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Se trata de una cuestión probatoria, en el sentido de que la información científica en que se basa la norma internacional tiene un valor probatorio en cuanto a la suficiencia de los testimonios científicos que son necesarios para llevar a cabo una evaluación del riesgo en un determinado momento. Sin embargo, cuando un Miembro adopta un nivel de protección más alto que el reflejado en las normas internacionales, no confiere con ello un carácter más estricto al criterio jurídico aplicable a la "insuficiencia" de los testimonios en el marco del párrafo 7 del artículo 5. No es correcto, por tanto, utilizar las evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA como punto de referencia jurídico para determinar la insuficiencia, como hizo el Grupo Especial en este caso.

709. En el reexamen intermedio, el Grupo Especial reconoció expresamente que había utilizado como "punto de referencia" las evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA:

> ... [E]s cierto que el Grupo Especial consideró que, para determinar si los testimonios científicos pertinentes eran insuficientes en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, tenía que tomar los resultados de las evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA como "punto de referencia" de la existencia de testimonios científicos suficientes. Ello está en consonancia con la constatación del Órgano de Apelación en *Japón - Manzanas* de que los testimonios científicos pertinentes serán insuficientes, en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*, así como con la presunción de compatibilidad establecida en el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo MSF*.[1440] (no se reproduce la nota de pie de página)

710. Recordamos que la presunción que se establece en el párrafo 2 del artículo 3 no es aplicable cuando un Miembro de la OMC adopta una medida sanitaria o fitosanitaria que da lugar a un nivel de protección más alto que el reflejado en una norma internacional. Por esta razón, el párrafo 2 del artículo 3 no constituía una base para que el Grupo Especial utilizara las evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA como el punto de referencia jurídico con arreglo al cual habían de evaluarse

[1440] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.60; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 6.55.

las insuficiencias de los testimonios jurídicos pertinentes identificados por las Comunidades Europeas. Como explicó el Órgano de Apelación en el asunto *CE - Hormonas*:

> La presunción de compatibilidad con las disposiciones pertinentes del *Acuerdo MSF* que surge del párrafo 2 del artículo 3 con respecto a las medidas que se conforman a las normas internacionales podría muy bien constituir un *incentivo* para que los Miembros pongan en conformidad sus medidas sanitarias y fitosanitarias con dichas normas. No obstante, es obvio que la decisión de un Miembro de no poner en conformidad determinada medida con una norma internacional no autoriza a que se le imponga a ese Miembro una carga de la prueba, especial o generalizada, que podría, en la mayoría de los casos, equivaler a una *penalidad*.[1441] (las cursivas figuran en el original)

711. Las insuficiencias concretas de los testimonios científicos pertinentes identificados por las Comunidades Europeas tenían que ser evaluadas por sus propios términos. Como se indicó anteriormente, los testimonios científicos en que se basaban las evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA tienen valor probatorio en cuanto a la suficiencia de los testimonios científicos que son necesarios para realizar una evaluación del riesgo en relación con las cinco hormonas; no obstante, en modo alguno eran determinantes con respecto a esta cuestión, especialmente en el caso de que un Miembro de la OMC hubiera optado por adoptar una medida sanitaria o fitosanitaria no conforme con la norma internacional.

712. Por estas razones, revocamos la constatación del Grupo Especial de que, cuando existen normas internacionales, "debe haber una *masa crítica* de nuevos testimonios y/o información que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes", en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.[1442]

4. La asignación por el Grupo Especial de la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

713. Pasamos ahora a examinar la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial incurrió en error al asignarles la carga de demostrar que la Directiva 2003/74/CE cumplía las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5 en relación con la prohibición provisional de las cinco hormonas en cuestión. Las Comunidades Europeas aducen que, al limitar su examen a las "insuficiencias" de los testimonios científicos identificados por ellas, el Grupo Especial desplazó erróneamente a las Comunidades Europeas la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del

[1441] Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, párrafo 102.

[1442] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.648; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.626. (las cursivas figuran en el original)

artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1443] Las Comunidades Europeas sostienen que, de ese modo, el Grupo Especial interpretó erróneamente los párrafos 1 y 7 del artículo 5 en el sentido de que establecen una relación norma-excepción[1444], pese a que el párrafo 7 del artículo 5 confiere a los Miembros de la OMC un "derecho calificado"[1445] de adoptar medidas provisionales en ciertas condiciones. En tales circunstancias, la carga de demostrar que no se habían cumplido las condiciones establecidas en el párrafo 7 del artículo 5 debería haber recaído en los Estados Unidos y el Canadá.[1446]

714. Las Comunidades Europeas impugnan, en particular, la siguiente afirmación del Grupo Especial:

> En tanto que, en la aplicación de la carga de la prueba en relación con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, debe corresponder a la parte que cuestiona la aplicabilidad del párrafo 7 del artículo 5 acreditar *prima facie* que los testimonios científicos pertinentes con respecto a las cinco hormonas son suficientes, corresponde también a las Comunidades Europeas, en aplicación del principio de que incumbe a cada parte probar sus alegaciones, apoyar sus propias alegaciones con pruebas apropiadas. Esto debe considerarse también a la luz del hecho de que, pese a que en este caso las Comunidades Europeas son el reclamante, aducen también como parte de sus alegaciones en el marco del párrafo 8 del artículo 22 del ESD que su medida de aplicación cumple lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Además, recordamos la consecuencia de la presunción de compatibilidad con el *Acuerdo MSF* y el GATT de 1994 de las medidas que son conformes con las normas, directrices y recomendaciones internacionales relativas a las evaluaciones del riesgo en las que están basadas tales medidas. Puesto que, en ese contexto, las Comunidades Europeas aducen que los testimonios científicos pertinentes son insuficientes, consideramos que les corresponde indicar las cuestiones con respecto a las cuales esos testimonios son insuficientes.
>
> Por consiguiente, no consideramos que en calidad de Grupo Especial estemos obligados a ir más allá de las insuficiencias identificadas por las Comunidades Europeas. ... consideramos apropiado limitar nuestro examen exclusivamente a las "insuficiencias" identificadas expresamente por las Comunidades Europeas en sus comunicaciones al Grupo Especial.[1447] (no se reproducen las notas de pie de página)

715. Los Estados Unidos y el Canadá afirman que el Grupo Especial asignó correctamente la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1448] Señalan que el Grupo Especial no trasladó a las Comunidades Europeas la carga de la prueba en el marco del párrafo 7 del artículo 5 hasta que se hubo cerciorado de que los Estados Unidos y el Canadá habían refutado

[1443] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafos 380-382.
[1444] *Ibid.*, párrafo 362.
[1445] *Ibid.*, párrafo 368.
[1446] *Ibid.*, párrafo 379.
[1447] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.652 y 7.653; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.629 y 7.630.
[1448] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 98; comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 115.

suficientemente la alegación de cumplimiento de las Comunidades Europeas mediante pruebas positivas de una infracción de dicho párrafo.[1449] El Canadá aduce que el Grupo Especial identificó correctamente el párrafo 7 del artículo 5 como una "exención calificada" al párrafo 2 del artículo 2[1450], mientras que los Estados Unidos rechazan por especulativa la afirmación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial consideró que el párrafo 7 del artículo 5 era una excepción al párrafo 1 de ese artículo.[1451]

716. En la sección IV.E, explicamos nuestra opinión sobre la asignación de la carga de la prueba en una situación posterior a la suspensión, en la que las partes discrepan en cuanto a si una medida de aplicación logra un cumplimiento sustantivo. Las Comunidades Europeas tenían que ofrecer una descripción clara de su medida de aplicación y una explicación adecuada sobre cómo rectifica esta medida las incompatibilidades constatadas en el procedimiento inicial. Recordamos que la prohibición definitiva de las importaciones que fue objeto de la diferencia *CE - Hormonas* y a la que se declaró incompatible con el párrafo 1 del artículo 5 ha sido reemplazada, en virtud de la Directiva 2003/74/CE, por una prohibición provisional de las otras cinco hormonas. La prohibición de las importaciones afecta a los mismos productos: carne de bovinos tratados con progesterona, testosterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA. Las Comunidades Europeas reemplazaron la prohibición definitiva inicial por una prohibición provisional e invocaron el párrafo 7 del artículo 5 como justificación sustitutiva del párrafo 1 del artículo 5. Por tanto, las Comunidades Europeas tenían que ofrecer una explicación adecuada sobre cómo la prohibición provisional adoptada al amparo del párrafo 7 del artículo 5 rectifica las incompatibilidades constatadas en la diferencia *CE - Hormonas*. Esta explicación tenía que incluir, entre otras cosas, una identificación de las insuficiencias de los testimonios científicos pertinentes que impedían a las Comunidades Europeas llevar a cabo una evaluación del riesgo suficientemente objetiva. En consecuencia, no consideramos que el Grupo Especial haya incurrido en error al limitar su examen a las insuficiencias identificadas por las Comunidades Europeas.

717. Dicho esto, nos referimos *supra* [1452] a la descripción del Grupo Especial del modo en que asignaría la carga de la prueba a los efectos de su análisis en el marco de los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* e identificamos varias deficiencias en el enfoque del Grupo Especial, que no es necesario que repitamos aquí. También explicamos cómo debió haber asignado el Grupo Especial la carga de la prueba en relación con la aseveración de las Comunidades Europeas de que la

[1449] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 93; comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 115.
[1450] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 112.
[1451] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 96.
[1452] Véase *supra*, párrafo 579.

Directiva 2003/74/CE cumple las prescripciones de los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. En la medida en que el Grupo Especial no asignó la carga de la prueba con arreglo a los principios anteriormente esbozados, en su análisis de si la Directiva 2003/74/CE cumplía las prescripciones del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, constatamos que el Grupo Especial ha incurrido en error.

718. En consecuencia, constatamos que el Grupo Especial incurrió en error al asignar la carga de la prueba en su examen de la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

5. La aplicación por el Grupo Especial del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*

719. Examinaremos, por último, la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial aplicó de manera incorrecta el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*. Las Comunidades Europeas afirman en apelación que el Grupo Especial "redujo sistemáticamente la importancia"[1453] e hizo caso omiso de "testimonios científicos altamente pertinentes"[1454] que "contradicen las evaluaciones del JECFA o apoyan la posición de las Comunidades Europeas y que en realidad los testimonios científicos eran de hecho insuficientes"[1455] para hacer una evaluación del riesgo, especialmente en las siguientes esferas: a) efectos de las hormonas en algunos grupos de población; b) relación dosis-respuesta; c) biodisponibilidad; d) períodos de latencia prolongados del cáncer y factores de confusión; y e) efectos adversos en el crecimiento y la reproducción.[1456] Las Comunidades Europeas señalan también varios errores cometidos por el Grupo Especial al determinar si los testimonios relativos a los riesgos que planteaba cada una de las cinco hormonas por separado eran insuficientes para llevar a cabo una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 7 del artículo 5.[1457]

720. Los Estados Unidos responden que los testimonios científicos que obran en el expediente, incluidas las declaraciones de los expertos, respaldan la conclusión de que los testimonios científicos pertinentes sobre las cinco hormonas eran y siguen siendo suficientes para hacer una evaluación del riesgo.[1458] El Canadá aduce que las alegaciones de las Comunidades Europeas carecen de fundamento

[1453] Comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 427.
[1454] *Ibid.*, párrafo 447.
[1455] *Ibid.*, párrafo 427.
[1456] *Ibid.*, párrafos 430-436.
[1457] *Ibid.*, párrafos 437-447.
[1458] Comunicación del apelado presentada por los Estados Unidos, párrafo 81.

y consideran que el Grupo Especial valoró adecuadamente los testimonios científicos de que disponía.[1459]

721. Como observamos en la subsección 3, el criterio de la "masa crítica" adoptado por el Grupo Especial imponía un umbral excesivamente alto por lo que se refiere a un cambio en los testimonios científicos en virtud del cual pasaran a ser insuficientes testimonios anteriormente suficientes. En lugar de exigir que los nuevos testimonios pongan en tela de juicio la relación entre el conjunto de testimonios científicos y las conclusiones relativas al riesgo, el criterio del Grupo Especial exigía un cambio de paradigma, en la medida en que era necesario que los testimonios pusieran en tela de juicio "los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores" sobre las cinco hormonas. Este umbral erróneo indujo al Grupo Especial a no conceder importancia a testimonios que podrían sembrar dudas en cuanto a si los testimonios científicos pertinentes siguen permitiendo realizar una evaluación del riesgo suficientemente objetiva. Un ejemplo de ello es el análisis que hizo el Grupo Especial de la aseveración de las Comunidades Europeas de que los testimonios científicos pertinentes sobre los efectos de las hormonas en determinadas categorías de población, en particular niños prepúberes, eran "insuficientes", en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.

722. Las Comunidades Europeas adujeron ante el Grupo Especial que, mediante el desarrollo de métodos de detección más sensibles, se habían identificado en los niños prepúberes niveles endógenos de estradiol más bajos de lo que se suponía anteriormente con el método de detección a que se hacía referencia en las evaluaciones del riesgo realizadas por el JECFA. Según las Comunidades Europeas, esto parecía indicar que las personas con los niveles endógenos más bajos de hormonas sexuales, como los niños prepúberes y las mujeres posmenopáusicas, podrían tener mayor riesgo de sufrir los efectos adversos para la salud que podrían estar asociados con la exposición a fuentes exógenas tanto de estrógenos como de testosterona.[1460]

723. El nuevo método de detección fue examinado en un estudio científico llevado a cabo por Klein y otros (1994) y examinado por las Comunidades Europeas en el Dictamen de 1999. El Grupo Especial describió el estudio de Klein y las conclusiones que de él sacaron las Comunidades Europeas en los siguientes términos:

> El Dictamen de 1999 especifica que los niveles de hormonas en que se basa se determinaron mediante ensayos radioinmunológicos (RIA) y que el uso de estos ensayos ha estado frecuentemente asociado con la producción de resultados variables, en particular cuando se utilizan para detectar niveles bajos de hormonas endógenas. El Dictamen de 1999 señala que Klein y otros (1994) desarrollaron un análisis

[1459] Comunicación del apelado presentada por el Canadá, párrafo 130.
[1460] Véase el informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.664; y el informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.641.

> ultrasensible (100 veces más sensible que los RIA) que identificaba valores de estradiol considerablemente más bajos que la gama de niveles de estradiol detectados mediante RIA en los niños prepúberes.[1461] (no se reproduce la nota de pie de página)

724. En su análisis, el Grupo Especial recordó su constatación anterior de que, para determinar que los testimonios relativos a las cinco hormonas eran "insuficientes", en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, debía haber "una masa crítica de nuevos testimonios y/o información que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes".[1462] Basándose en ello, el Grupo Especial concluyó que su tarea consistía en examinar "si los métodos de detección más sensibles que identificaban niveles hormonales más bajos de lo que se pensaba hasta ahora en los niños prepúberes son tales que ponen en tela de juicio la gama de niveles fisiológicos de las hormonas sexuales en los seres humanos que actualmente se cree que existen".[1463] El Grupo Especial se remitió al testimonio del Dr. Sippell, que había caracterizado el desarrollo de métodos de detección ultrasensibles como "un salto cuántico en la metodología de determinación de [estrógenos]".[1464] El Grupo Especial tomó nota de la declaración del Dr. Sippell de que "[e]l riesgo para los niños que se origina en las hormonas naturalmente presentes en la carne, comparado con el originado en los residuos de hormonas promotoras del crecimiento, en la medida de mi conocimiento, sólo se ha estimado para [el estradiol-17β]".[1465] El Grupo Especial observó después que el Dictamen de 2000 afirmaba que estos nuevos métodos de detección no habían sido validados[1466], y citó el dictamen del Dr. Boobis en el que se ponía en entredicho la validez del nuevo estudio presentado por las Comunidades Europeas.[1467] Sobre esta base, el Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

[1461] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.665; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.642.

[1462] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.666; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.643.

[1463] *Ibid.*

[1464] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.667; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.644 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 40 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 328).

[1465] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.668; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.645 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 41 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 335).

[1466] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.669; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.646 (donde se hace referencia al Dictamen de 2000, página 3).

[1467] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.669; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.646 (donde se hace referencia a las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 40 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 325 y 326).

> Observamos que los testimonios presentados guardan relación solamente con el estradiol, pero que la alegación que estamos examinando con respecto a las insuficiencias de los testimonios se refieren a las otras cinco hormonas en cuestión, y no al estradiol. Observamos además que el Dictamen de 2002 concluye que estos métodos de detección más sensibles aún no han sido validados.
>
> Sobre la base de lo que antecede, no estamos convencidos de que los estudios examinados por los expertos pongan en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes en relación con el efecto de las cinco hormonas en los niños prepúberes. En particular, no se ha establecido que los datos relativos a los efectos de las hormonas en que se basan las evaluaciones del JECFA sean insuficientes a la luz de nuevos testimonios relativos a las otras cinco hormonas en cuestión.[1468]

725. Al concluir que "no estamos convencidos" de que el estudio con ensayos ultrasensibles mencionado por las Comunidades Europeas "ponga[] en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores" en relación con el efecto de las cinco hormonas sobre los niños prepúberes, el Grupo Especial aplicó un umbral excesivamente elevado con respecto a los nuevos testimonios científicos que se necesitan para que los testimonios científicos pertinentes, antes suficientes, sean ahora "insuficientes", en el sentido del párrafo 7 del artículo 5. El Grupo Especial, independientemente de si le resultaba a él mismo convincente el estudio de Klein, incurrió en error en la medida en que consideró que, para que los testimonios científicos en que se había basado el JECFA fueran ahora "insuficientes", en el sentido del párrafo 7 del artículo 5, era necesario un cambio de paradigma en el conocimiento científico. El requisito de "insuficiencia" que establece el párrafo 7 del artículo 5 no implica que los nuevos testimonios científicos deban desplazar totalmente los testimonios científicos en que se basa una norma internacional. Basta que los nuevos avances científicos pongan en tela de juicio si el conjunto de testimonios científicos sigue permitiendo realizar una evaluación del riesgo suficientemente objetiva.

726. Al parecer, el Grupo Especial se basó en dos elementos de prueba para llegar a la conclusión de que el método de detección ultrasensible analizado en el estudio de Klein no había sido validado todavía: una declaración en ese sentido, que figuraba en el Dictamen de 2002[1469], y el testimonio del Dr. Boobis, que ponía en entredicho la validez del estudio de Klein.[1470] Sin embargo, el expediente

---

[1468] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.670 y 7.671; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafos 7.647 y 7.648.

[1469] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.670; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.647 (donde se hace referencia al Dictamen de 2002, párrafo 4.4.1, párrafo 9).

[1470] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.669; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.646 (donde se citan las respuestas de los expertos científicos a la pregunta 40 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafos 325 y 326).

del Grupo Especial muestra que al menos algunos de los expertos científicos consideraban que el estudio de Klein podía sembrar dudas en cuanto a si el conjunto de testimonios científicos en que se había basado el JECFA seguía permitiendo realizar una evaluación suficientemente objetiva de los riesgos planteados por las cinco hormonas en relación con los niños prepúberes.

727. El Dr. Sippell estaba al parecer de acuerdo con la posición de las Comunidades Europeas de que los testimonios científicos pertinentes sobre los efectos de las hormonas en los niños prepúberes no eran "suficientes" para realizar una evaluación del riesgo de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5. El Dr. Sippell observó que "[s]implemente, todavía no contamos en todos los lugares donde sería necesario con la metodología, los instrumentos analíticos para medir con la sensibilidad con la que debiéramos hacerlo, y por consiguiente considero que los datos disponibles son insuficientes".[1471] El Dr. Sippell explicó también que:

> ... es difícil calcular tasas de producción [de hormonas] exactas en niños prepúberes ... [Los valores del JECFA] [s]e han basado, por así decirlo, en las concentraciones tradicionales determinadas por radioinmunoanálisis y, por lo general, por radioinmunoanálisis sin extracción previa. Todos sabemos que la sensibilidad de estos procedimientos es insuficiente cuando se compara con las técnicas más modernas, ... los procedimientos con extracción que utilizan radioinmunoanálisis, y aún más las técnicas moleculares más modernas como el bioanálisis con células recombinantes, de estrógeno, estradiol o actividad estrogénica. Y estas concentraciones ... están significativamente por debajo de las que se consideraban previamente, y es por eso que la tasa de producción actual es mucho menor. Y esto naturalmente implica que cualquier riesgo procedente de fuentes exógenas, por ejemplo de la carne de vacuno tratada con hormonas, tratada con estradiol-17β, es mucho mayor.[1472]

728. El Dr. De Brabander coincidió en afirmar: "No puedo decir que los datos [del JECFA] sean incorrectos ... sólo digo que no se sabe si son correctos, y que hay que verificarlos con métodos analíticos modernos".[1473] El Dr. Guttenplan expresó una opinión similar al señalar que "podrían utilizarse ahora métodos de análisis más exactos para medir el efecto del consumo de carne de bovinos tratados con hormonas en las concentraciones sanguíneas de estrógeno en niños y en mujeres posmenopáusicas".[1474] También observó que "en los niños varones, las cantidades [de estrógeno] son aún más bajas, y ahí creo que debemos preocuparnos por los efectos en el desarrollo ... todavía creo que éstos podrían investigarse epidemiológicamente o en algún tipo de estudio. Podría ser

[1471] Transcripción de la reunión conjunta del Grupo Especial con los expertos científicos, celebrada los días 27 y 28 de septiembre de 2006, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 891.
[1472] *Ibid.*, párrafo 557.
[1473] *Ibid.*, párrafo 675.
[1474] Respuestas de los expertos científicos a la pregunta 52 formulada por el Grupo Especial, informes del Grupo Especial, anexo D, párrafo 413.

necesario ... un sustituto, quizás la saliva o la orina, pero creo que quizás, la cuestión más importante que se ha de tratar es la sensibilidad de los niños y niñas".[1475]

729. El Dr. Boobis, que, como señaló el Grupo Especial, puso en entredicho la validez del ensayo recombinante ultransensible utilizado en el estudio de Klein, declaró también que las concentraciones de estradiol producido endógenamente en niños prepúberes podrían ser menores de lo que se creía anteriormente. Respondiendo a una pregunta formulada por los Estados Unidos, el Dr. Boobis explicó que:

> .... mi opinión, habiendo analizado estos datos es que, en primer lugar, el ensayo recombinante no ha sido validado todavía de manera adecuada, pero, en segundo lugar, hay pruebas, cuando uno analiza estos datos, que sugieren que las concentraciones circulantes de estradiol en los niños varones son más bajas que lo que se pensaba anteriormente, lo acepto, pero no creo que sean tan bajas como las de la publicación original de Klein y otros, porque numerosos artículos publicados posteriormente, basados en diversos análisis, sugieren que las concentraciones son ciertamente más elevadas que los valores muy bajos informados.[1476]

730. Si bien el Grupo Especial estaba en lo cierto al observar que el estudio de Klein únicamente examinaba las concentraciones endógenas de estradiol, las concentraciones más bajas de hormonas producidas endógenamente en seres humanos desempeñaban un papel crucial en la conclusión de las Comunidades Europeas de que no se podía establecer un umbral de inocuidad o una IDA para ninguna de las seis hormonas evaluadas. En el Dictamen de 1999 se afirma que, teniendo en cuenta "las incertidumbres en las estimaciones de las tasas de producción de hormonas endógenas y la capacidad metabólica para eliminarlas, en particular en menores prepúberes, no se puede establecer un valor umbral y por lo tanto tampoco una IDA de ninguna de las [seis] hormonas".[1477] Por esa razón, el Grupo Especial debería haber estudiado más a fondo la cuestión de la pertinencia que podía tener el estudio en que se apoyaron las Comunidades Europeas donde se examinan las concentraciones endógenas de estradiol en relación con los posibles efectos adversos para la salud de las otras cinco hormonas. Durante la audiencia, las Comunidades Europeas adujeron que algunos científicos están de acuerdo con su posición de que las mediciones de las concentraciones endógenas de hormonas naturales son pertinentes para las hormonas sintéticas con propiedades y efectos toxicológicos similares.

[1475] Transcripción de la reunión conjunta del Grupo Especial con los expertos científicos, celebrada los días 27 y 28 de septiembre de 2006, informes del Grupo Especial, anexo G, párrafo 1061.

[1476] *Ibid.*, párrafo 572.

[1477] Dictamen de 1999, páginas 72 y 73. En este Dictamen se llega también a la siguiente conclusión: "En el caso de las seis hormonas, podían preverse efectos endocrinos, de desarrollo, inmunológicos, neurobiológicos, inmunotóxicos, genotóxicos y cancerígenos. De los varios grupos susceptibles, los niños prepúberes eran los que causaban mayor preocupación. Una vez más, los datos disponibles no permitían una estimación cuantitativa del riesgo."

731. En resumen, el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* al adoptar un criterio jurídico incorrecto para evaluar las explicaciones de las Comunidades Europeas acerca de las insuficiencias de los testimonios científicos pertinentes.

732. Las Comunidades Europeas aducen también que, en el análisis que realizó en el marco del párrafo 7 del artículo 5, el Grupo Especial no hizo una evaluación objetiva de los hechos del caso, conforme a lo que exige el artículo 11 del ESD. Al haber determinado que el Grupo Especial interpretó y aplicó incorrectamente el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, no consideramos que sea necesario abordar la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD.

F. *Conclusiones*

733. Hemos constatado anteriormente que el Grupo Especial estableció una distinción demasiado rígida entre el nivel de protección elegido y la "insuficiencia" de los testimonios científicos pertinentes en el marco del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*.[1478] También hemos revocado la constatación del Grupo Especial de que, cuando existen normas internacionales, se necesita una "masa crítica de nuevos testimonios y/o información que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores" de manera que los testimonios científicos pertinentes sean ahora "insuficientes", en el sentido del párrafo 7 del artículo 5.[1479] Hemos constatado, además, que el Grupo Especial incurrió en error al asignar la carga de la prueba.[1480] Por último, hemos constatado que el Grupo Especial interpretó y aplicó incorrectamente el párrafo 7 del artículo 5 al determinar si los testimonios científicos pertinentes en relación con las cinco hormonas eran "insuficientes" en el sentido de dicha disposición.[1481] Además, hemos constatado que el análisis del Grupo Especial se vio comprometido porque sus consultas con los Dres. Boisseau y Boobis infringieron el derecho de las Comunidades Europeas a las debidas garantías procesales.[1482]

734. Teniendo en cuenta estos errores, revocamos la constatación del Grupo Especial 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

[1478] Véase *supra*, párrafo 686.
[1479] Véase *supra*, párrafo 712.
[1480] Véase *supra*, párrafo 718.
[1481] Véase *supra*, párrafo 731.
[1482] Véase *supra*, sección V.

las Comunidades Europeas aplican una prohibición provisional".[1483] Como consecuencia de su constatación, el Grupo Especial concluyó también que "la medida de cumplimiento de las [Comunidades Europeas] no satisface los requisitos del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* en lo que respecta a la prohibición provisional de la progesterona, la testosterona, el zeranol, el acetato de trembolona y el acetato de melengestrol".[1484] Dado que se basa en la constatación anterior del Grupo Especial relativa a la "insuficiencia" de la información científica pertinente, que hemos revocado, la conclusión del Grupo Especial no puede mantenerse.

735. Ante las numerosas deficiencias que hemos identificado en el análisis del Grupo Especial y la naturaleza sumamente controvertida de los hechos no consideramos que sea posible completar el análisis. Por consiguiente, no formulamos constataciones respecto de la compatibilidad o incompatibilidad de la medida sanitaria o fitosanitaria provisional de las Comunidades Europeas en relación con la progesterona, la testosterona, el zeranol, el acetato de trembolona y el MGA.

VIII. Constataciones y conclusiones

736. Por las razones expuestas en el presente informe, el Órgano de Apelación:

a) En lo que respecta al ESD:

i) constata que el Grupo Especial no incurrió en error al afirmar que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD no está abierto solamente al reclamante inicial[1485], porque puede ser iniciado por los reclamantes iniciales y los demandados iniciales;

ii) confirma la constatación del Grupo Especial de que "tiene jurisdicción para considerar la compatibilidad de la medida de aplicación de las [Comunidades Europeas] con el *Acuerdo MSF* como parte de su examen de la alegación planteada por las Comunidades Europeas con respecto al párrafo 8 del artículo 22 del ESD"[1486];

iii) dado que no se ha establecido que la medida declarada incompatible con el *Acuerdo MSF* en la diferencia *CE - Hormonas* ha sido suprimida[1487],

[1483] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.835; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.821.
[1484] Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.836; informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.822.
[1485] Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.353.
[1486] *Ibid.*, párrafo 7.376.
[1487] Véanse los apartados c) y d) *infra*.

confirma la constatación del Grupo Especial de que "las Comunidades Europeas no han establecido una infracción del párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD *como consecuencia de una infracción del párrafo 8 del artículo 22*"[1488];

iv) revoca la constatación del Grupo Especial de que, "[a]l mantener su suspensión de concesiones incluso después de la notificación de la [Directiva 2003/74/CE]", el Canadá "trata de reparar un incumplimiento en relación con [esta Directiva], en el sentido del párrafo 1 del artículo 23 del ESD"[1489]; y

v) revoca las constataciones del Grupo Especial de que el Canadá "hizo una 'determinación' en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 en relación con la Directiva 2003/74/CE", basadas en las declaraciones que hizo en reuniones del OSD y del hecho de que la suspensión de concesiones se había mantenido después de la notificación de la Directiva 2003/74/CE[1490], y de que el Canadá "no ha hecho ninguna determinación de forma coherente con las constataciones que figuran en el informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al ESD", en infracción del párrafo 2 a) del artículo 23.[1491]

b) En lo que respecta a las consultas del Grupo Especial con los expertos científicos, constata que el Grupo Especial no respetó los derechos al debido proceso de las Comunidades Europeas porque la vinculación institucional de los Dres. Boisseau y Boobis comprometía su nombramiento y con ello la independencia e imparcialidad resolutorias del Grupo Especial. Por consiguiente, el Grupo Especial incumplió los deberes que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD.

c) En lo que respecta a la compatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la prohibición de las importaciones impuesta por las Comunidades Europeas a la carne de bovinos tratados con estradiol-17β con fines de estimulación del crecimiento, aplicada de conformidad con la Directiva 2003/74/CE:

[1488] Informe del Grupo Especial, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.842 b). (las cursivas figuran en el original)
[1489] *Ibid.*, párrafo 7.207. Véase también *ibid.*, párrafo 7.841 a).
[1490] *Ibid.*, párrafo 7.232. Véase también *ibid.*, párrafo 7.841 b).
[1491] *Ibid.*, párrafo 7.237. (no se reproducen las cursivas) Véase también *ibid.*, párrafo 7.841 b).

i) constata que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 1 del artículo 5 en relación con los riesgos de uso indebido y abuso en la administración de hormonas al ganado bovino con fines de estimulación del crecimiento;

ii) constata que el Grupo Especial no incurrió en error al exigir a las Comunidades Europeas que evaluaran específicamente los riesgos derivados de la presencia de residuos de estradiol-17β en la carne o los productos cárnicos del ganado bovino tratado con esta hormona con fines de estimulación del crecimiento;

iii) constata que el Grupo Especial no incurrió en error en su interpretación del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF* en lo que se refiere a la cuantificación del riesgo;

iv) constata que el Grupo Especial incurrió en error al asignar la carga de la prueba en su determinación de la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*;

v) constata que el Grupo Especial aplicó una norma de examen incorrecta al examinar si la evaluación del riesgo realizada por las Comunidades Europeas satisfacía los requisitos del párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del *Acuerdo MSF*, y de esa manera incumplió los deberes que le corresponden en virtud del artículo 11 del ESD; y

vi) revoca la constatación del Grupo Especial de que la prohibición de las importaciones impuesta por las Comunidades Europeas con respecto al estradiol-17β no se basa en una evaluación del riesgo tal como exige el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*[1492]; no obstante, el Órgano de Apelación no puede completar el análisis y por lo tanto no formula constataciones en cuanto a la compatibilidad o incompatibilidad con el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la prohibición de las importaciones relativa al estradiol-17β.

d) En lo que respecta a la compatibilidad con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la prohibición provisional de las importaciones impuesta por las

[1492] *Ibid.*, párrafos 7.541, 7.548 y 7.549.

Comunidades Europeas a la carne de bovinos tratados con testosterona, progesterona, acetato de trembolona, zeranol y MGA, con fines de estimulación del crecimiento, aplicada de conformidad con la Directiva 2003/74/CE:

i) revoca la constatación del Grupo Especial de que "la determinación de si los testimonios científicos son suficientes para evaluar la existencia y la magnitud de un riesgo debe desconectarse del nivel deseado de protección"[1493];

ii) revoca la constatación del Grupo Especial de que, cuando existen normas internacionales, "debe haber una *masa crítica* de nuevos testimonios y/o información que ponga en tela de juicio los preceptos fundamentales del conocimiento y los testimonios anteriores de manera que los testimonios pertinentes, antes suficientes, sean ahora insuficientes"[1494];

iii) constata que el Grupo Especial incurrió en error al asignar la carga de la prueba en su examen de la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con el párrafo 7 del artículo 5 de *Acuerdo MSF*;

iv) constata que el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* adoptando un criterio jurídico incorrecto al determinar si los testimonios científicos pertinentes eran "insuficientes";

v) no considera necesario abordar la alegación de las Comunidades Europeas de que el Grupo Especial actuó de manera incompatible con el artículo 11 del ESD; y

vi) revoca la constatación del Grupo Especial de que la prohibición provisional de las importaciones relativa a la testosterona, la progesterona, el acetato de trembolona, el zeranol, y el MGA no satisface los requisitos del párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*[1495]; no obstante, el Órgano de Apelación no puede completar el análisis y por lo tanto no formula constataciones en cuanto a la compatibilidad o incompatibilidad con el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* de la prohibición provisional de las importaciones impuesta por las Comunidades Europeas.

[1493] *Ibid.*, párrafo 7.590.
[1494] *Ibid.*, párrafo 7.626. (las cursivas figuran en el original; no se reproduce la nota de pie de página)
[1495] *Ibid.*, párrafos 7.821 y 7.822.

737. Dado que no hemos podido completar el análisis de si, mediante la Directiva 2003/74/CE, las Comunidades Europeas han logrado el cumplimiento sustantivo en el sentido del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD en *CE - Hormonas* siguen en vigor. Habida cuenta de las obligaciones dimanantes del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, recomendamos que el Órgano de Solución de Diferencias pida al Canadá y a las Comunidades Europeas que inicien sin demora el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 para resolver su desacuerdo acerca de si las Comunidades Europeas han suprimido la medida declarada incompatible en *CE - Hormonas* y si la aplicación de la suspensión de concesiones por el Canadá sigue siendo jurídicamente válida.

Firmado en el original en Ginebra el día 19 de septiembre de 2008 por:

_____

David Unterhalter
Presidente de la Sección

_____ _____

Georges Abi-Saab
Miembro

Lilia Bautista
Miembro

ANEXO I

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS320/12
WT/DS321/12
2 de junio de 2008

(08-2559)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN LA DIFERENCIA CE - HORMONAS

CANADÁ - MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN LA DIFERENCIA CE - HORMONAS

Notificación de la apelación de las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de la Comisión Europea, de fecha 29 de mayo de 2008.

Notificación de la apelación de las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación.*

1. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del ESD y el párrafo 1 de la regla 20 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, las Comunidades Europeas presentan su anuncio de apelación con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en los informes de los Grupos Especiales que se ocuparon de los asuntos *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* (DS320) y *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* (DS321) y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por los Grupos Especiales en esos informes.

2. Las Comunidades Europeas solicitan que el Órgano de Apelación examine los siguientes errores de derecho y de interpretación jurídica que contienen los informes de los Grupos Especiales:

a) Los Grupos Especiales interpretaron y aplicaron incorrectamente las palabras "el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento", del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, en presencia de una medida de aplicación en una situación posterior a la retorsión. Ello se debe

principalmente a la interpretación incorrecta de los Grupos Especiales del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Los errores de los Grupos Especiales figuran, en particular, en los párrafos 7.246 a 7.249 y 7.346 a 7.359 del informe del Grupo Especial en el asunto DS320 y en los párrafos 7.239 a 7.242 y 7.344 a 7.357 del informe del Grupo Especial en el asunto DS321.

b) Los Grupos Especiales incurrieron en error al no formular la debida constatación de infracción del párrafo 1 del artículo 23, leído conjuntamente con el párrafo 8 del artículo 22 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, al declarar que "en tanto en cuanto la medida declarada incompatible con el *Acuerdo MSF* en la diferencia *CE - Hormonas* ... no ha sido suprimida por las Comunidades Europeas, [los Estados Unidos y el Canadá] no han infringido el párrafo 8 del artículo 22 del ESD; y en tanto en cuanto no se ha infringido el párrafo 8 del artículo 22, las Comunidades Europeas no han establecido una infracción del párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 7 del artículo 3 del ESD como consecuencia de una infracción del párrafo 8 del artículo 22". Este error se debe a la incorrecta interpretación hecha por los Grupos Especiales del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, y en particular de las palabras "se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado", que allí figuran. La conclusión de los Grupos Especiales y el razonamiento correspondiente figuran en los párrafos 7.857 y 7.252 a 7.386 del informe del Grupo Especial en el asunto DS320 y en los párrafos 7.842 y 7.245 a 7.383 del informe del Grupo Especial en el asunto DS321.

c) Los Grupos Especiales se excedieron de su mandato y asumieron la función de los grupos especiales previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 7 y el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Esto se manifiesta en particular en el párrafo 8.3 de los informes de los dos Grupos Especiales y en los párrafos 7.150 a 7.182, 7.270 a 7.291 y 7.360 a 7.379 del informe del Grupo Especial en el asunto DS320 y en los párrafos 7.137 a 7.164, 7.286 a 7.307 y 7.358 a 7.376 del informe del Grupo Especial en el asunto DS321.

d) Los Grupos Especiales no observaron el principio fundamental de las debidas garantías procesales al escoger y recibir el asesoramiento de expertos científicos conforme al párrafo 2 del artículo 13 del ESD y el párrafo 2 del artículo 11 del *Acuerdo MSF*, con la consecuencia de que los Grupos Especiales no hicieron una evaluación objetiva del asunto que se les había sometido, infringiendo el artículo 11 del ESD. Esto se manifiesta en particular en los párrafos 7.55 a 7.99 y 6.21 a 6.25 y el análisis siguiente del Grupo Especial relativo al *Acuerdo MSF* que figura en los párrafos 7.387 a 7.846 del informe del Grupo Especial en el asunto DS320 y en los párrafos 7.53 a 7.96 y el análisis siguiente del Grupo Especial relativo al *Acuerdo MSF* que figura en los párrafos 7.384 a 7.831 del informe del Grupo Especial en el asunto DS321.

e) Los Grupos Especiales no determinaron y aplicaron correctamente la norma de examen aplicable, en particular, a los párrafos 1 y 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, con infracción de esas disposiciones y del artículo 11 del ESD. Los Grupos Especiales incurrieron en grave inexactitud al caracterizar e interpretar las pruebas en que se basaron las propias Comunidades Europeas y llevaron a cabo un examen *de novo* del asunto que se les había sometido, y entre otras cosas no tuvieron en cuenta o no evaluaron debidamente el fundamento científico de la medida de las Comunidades Europeas. Tampoco asignaron su debida importancia jurídica a incertidumbres auténticas y controversias científicas sobre el asunto que se les había sometido y escogieron arbitrariamente entre las opiniones de sus expertos y las presentadas por

las otras partes en las diferencias. Los Grupos Especiales también se basaron incorrectamente en las opiniones del Codex Alimentarius y el JECFA. Esto se manifiesta en particular en los párrafos 7.412 a 7.427 y los párrafos 7.435 a 7.846 del informe del Grupo Especial en el asunto DS320 y en los párrafos 7.403 a 7.418 y los párrafos 7.426 a 7.831 del informe del Grupo Especial en el asunto DS321.

f) Los Grupos Especiales no determinaron y aplicaron correctamente la carga de la prueba respecto del *Acuerdo MSF*, y en particular de los párrafos 1 y 7 de su artículo 5. Los Grupos Especiales impusieron a las Comunidades Europeas la carga de probar la compatibilidad de su medida con el *Acuerdo MSF*, y en particular con los párrafos 1 y 7 de su artículo 5. Esto se manifiesta en particular en los párrafos 7.380 a 7.386 y los párrafos 7.435 a 7.846 del informe del Grupo Especial en el asunto DS320 y en los párrafos 7.377 a 7.383 y los párrafos 7.426 a 7.831 del informe del Grupo Especial en el asunto DS321.

g) Los Grupos Especiales interpretaron y aplicaron incorrectamente el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y no hicieron una evaluación objetiva del asunto que se les había sometido, infringiendo el artículo 11 del ESD. Los Grupos Especiales adoptaron erróneamente un concepto excesivamente restrictivo de la expresión "una evaluación, adecuada a las circunstancias, de los riesgos", que figura en el párrafo 1 del artículo 5 del *Acuerdo MSF*, con las precisiones del párrafo 2 del mismo artículo, desconociendo que las evaluaciones del riesgo efectuadas por las CE habían tratado y se habían centrado en el riesgo concreto que estaba en juego, y exigieron la cuantificación del riesgo. Las evaluaciones erróneas de los Grupos Especiales derivaron de su aplicación de una norma de examen inadecuada, como se indica en el punto e) *supra*. En particular, al examinar la cuestión que se les había sometido escogieron arbitrariamente entre las opiniones de sus expertos científicos. Esto se manifiesta en particular en los párrafos 7.435 a 7.579 del informe del Grupo Especial en el asunto DS320 y en los párrafos 7.426 a 7.549 del informe del Grupo Especial en el asunto DS321.

h) Los Grupos Especiales interpretaron y aplicaron incorrectamente el párrafo 7 del artículo 5 del *Acuerdo MSF* y no hicieron una evaluación objetiva del asunto que se les había sometido, infringiendo el artículo 11 del ESD. Los Grupos Especiales interpretaron erróneamente la relación del párrafo 7 del artículo 5 con las demás disposiciones del *Acuerdo MSF*, y en particular con los párrafos 2 y 3 de su artículo 3 y el párrafo 1 de su artículo 5, y adoptaron y aplicaron un criterio erróneo relativo a una masa crítica de nuevos testimonios y/o información a los efectos de la aplicación del párrafo 7 del artículo 5. Las evaluaciones erróneas de los Grupos Especiales derivaron de su aplicación de una norma de examen inadecuada, como se indica en el punto e) *supra*. En particular, al examinar la cuestión que se les había sometido escogieron arbitrariamente entre las opiniones de sus expertos científicos. Esto se manifiesta en particular en los párrafos 7.580 a 7.837 del informe del Grupo Especial en el asunto DS320 y en los párrafos 7.550 a 7.823 del informe del Grupo Especial en el asunto DS321.

i) Los Grupos Especiales incurrieron en error al hacer una sugerencia que aclara insuficientemente las consecuencias de sus constataciones, en forma contraria a lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 19 del ESD. Esto se manifiesta en particular en los párrafos 8.2 y 8.3 de los informes de los Grupos Especiales.

_____

ANEXO II

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS320/13
16 de junio de 2008

(08-2784)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN LA DIFERENCIA CE - HORMONAS

Notificación de otra apelación de los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación de los Estados Unidos, de fecha 10 de junio de 2008.

De conformidad con el artículo 16 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") y la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, los Estados Unidos notifican por la presente su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* (WT/DS320/R) ("informe del Grupo Especial") y contra determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial.

1. Los Estados Unidos solicitan que el Órgano de Apelación revise la conclusión jurídica del Grupo Especial de que los Estados Unidos infringieron el párrafo 1 del artículo 23 del ESD (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.250, 7.856 a)). Esta conclusión es errónea y se basa en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas, incluidas las constataciones del Grupo Especial de que, al mantener la suspensión de concesiones después de que las Comunidades Europeas ("CE") notificaran la Directiva 2003/74/CE, los Estados Unidos estaban tratando de reparar el incumplimiento de obligaciones resultantes de un Acuerdo abarcado sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD ni acatarlos (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.215, 7.856 a)), y la interpretación del Grupo Especial de los fundamentos de derecho de la suspensión de concesiones de los Estados Unidos (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.209-7.214).

2. Los Estados Unidos solicitan también que se revise la conclusión del Grupo Especial según la cual los Estados Unidos infringieron el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.245, 7.856 b)). Esta conclusión es errónea y se basa en constataciones

erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas, incluidas las constataciones del Grupo Especial de que los Estados Unidos formularon una determinación de que se había producido una infracción sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.239, 7.856 b)), sobre la base de declaraciones formuladas por los Estados Unidos en las reuniones del Órgano de Solución de Diferencias celebradas el 1º de noviembre y el 7 de diciembre de 2003 (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.223-7.230) y/o el mantenimiento de la suspensión estadounidense de concesiones después de la notificación por las CE de la Directiva 2003/74/CE (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.226, 7.230, 7.232).

3. Los Estados Unidos solicitan que se revise la sugerencia del Grupo Especial de que los Estados Unidos deberían recurrir sin demora a las normas y procedimientos del ESD (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 6.45, 8.3) y la conclusión del Grupo Especial de que no tenía competencia para determinar directamente la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados (por ejemplo, informe del Grupo Especial, párrafos 7.162-7.164, 7.360, 7.855, 8.3). La sugerencia y la conclusión son erróneas y se basan en constataciones erróneas sobre cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas conexas. No obstante, el Órgano de Apelación no tendría que revisar la sugerencia y la conclusión si revocara las constataciones y conclusiones del Grupo Especial sobre los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD.

ANEXO III

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS321/13
16 de junio de 2008

(08-2783)

Original: inglés

CANADÁ - MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN LA DIFERENCIA CE - HORMONAS

Notificación de otra apelación del Canadá de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 y el artículo 17 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), y de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*

Se distribuye a los Miembros la siguiente notificación de la delegación del Canadá, de fecha 10 de junio de 2008.

De conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD") y el párrafo 1 de la Regla 23 de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, el Gobierno del Canadá presenta su anuncio de otra apelación con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* (WT/DS321/R) y a determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial.

A juicio del Gobierno del Canadá, el Grupo Especial incurrió en error al interpretar el artículo 23 del ESD independientemente del párrafo 8 del artículo 22 del ESD y cometió un error de derecho al aplicar, en particular, los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD a la situación posterior a la retorsión en este asunto. Estos errores figuran en los párrafos 7.162 a 7.164, 7.189 a 7.244 y 7.841 del informe del Grupo Especial.

El Gobierno del Canadá considera asimismo que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que al seguir suspendiendo concesiones a las Comunidades Europeas después de que éstas notificaran al Órgano de Solución de Diferencias la Directiva 2003/74/CE, el Canadá estaba: i) tratando de reparar el incumplimiento de obligaciones resultantes de un Acuerdo abarcado sin recurrir a las normas y procedimientos del ESD ni acatarlos, infringiendo así el párrafo 1 del artículo 23 del ESD; y ii) formulando una determinación de que se había producido una infracción sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD, infringiendo así el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Estos errores se deben a la interpretación

errónea realizada por el Grupo Especial de los fundamentos de derecho de la suspensión de concesiones del Canadá. Las constataciones del Grupo Especial y los razonamientos correspondientes figuran en los párrafos 7.841 y 7.189 a 7.244 de su informe.

Subsidiariamente, en caso de que el Órgano de Apelación confirmara las constataciones del Grupo Especial respecto de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD en relación con el Canadá, el Gobierno del Canadá sostiene que el Grupo Especial incurrió en error al declarar que no tenía competencia para determinar la compatibilidad de la Directiva 2003/74/CE con los Acuerdos abarcados y al sugerir que el Canadá debía recurrir sin demora a las normas y procedimientos del ESD con el fin de aplicar sus constataciones en el marco del artículo 23 del ESD. Estas declaraciones figuran en el párrafo 8.3 del informe del Grupo Especial y son contrarias a lo dispuesto en los párrafos 3 y 7 del artículo 3, el párrafo 2 del artículo 19 y el párrafo 8 del artículo 22 del ESD.

El Gobierno del Canadá pide respetuosamente al Órgano de Apelación que revoque las constataciones y conclusiones del Grupo Especial a que se hace referencia *supra* y modifique en consecuencia las recomendaciones del Grupo Especial.

ANEXO IV

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO DE 10 DE JULIO POR LA QUE SE PERMITE LA OBSERVACIÓN DE LA AUDIENCIA POR EL PÚBLICO

10 de julio de 2008

Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas

AB-2008-5

Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas

AB-2008-6

Resolución de procedimiento

1. El 3 de junio de 2008, el Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos presentaron sendas solicitudes de que se permitiera la observación de la audiencia por el público en estas actuaciones.[1] Los participantes adujeron que ninguna disposición del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (el "ESD") ni de los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* (los "*Procedimientos de trabajo*") impedía al Órgano de Apelación autorizar la observación de la audiencia por el público. El 4 de junio de 2008 invitamos a los terceros participantes a formular por escrito observaciones sobre las solicitudes del Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos. En particular, pedimos a los terceros que dieran a conocer sus opiniones sobre si el ESD y los *Procedimientos de trabajo* permitían la apertura de la audiencia, y, si así lo deseaban, sobre el dispositivo logístico específico propuesto en las solicitudes. El 12 de junio de 2008, recibimos observaciones de Australia, el Brasil, China, la India, México, Noruega, Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu. Australia, Noruega, Nueva Zelandia y el Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu expresaron su apoyo a la solicitud de los participantes. El Brasil, China, la India y México solicitaron al Órgano de Apelación que denegara la solicitud de los participantes. Según estos terceros participantes, la audiencia forma parte de las actuaciones del Órgano de Apelación y, en consecuencia, está sujeta a la prescripción establecida en el párrafo 10 del artículo 17 del ESD con arreglo a la cual "[l]as actuaciones del Órgano de Apelación tendrán carácter confidencial". El 16 de junio de 2008, invitamos al Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos a formular observaciones sobre las comunicaciones presentadas por los terceros participantes. También invitamos a los terceros participantes que desearan hacerlo a formular observaciones sobre las comunicaciones presentadas por los demás terceros participantes. El 23 de junio de 2008, recibimos observaciones adicionales del Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos. El 7 de julio de 2008, celebramos con los participantes y los terceros participantes una audiencia dedicada exclusivamente a examinar las cuestiones planteadas por la solicitud de los participantes. Se invitó a los participantes y terceros participantes a presentar, el 8 de julio de 2008 antes del cierre de las

[1] Los participantes expresaron su preferencia por la difusión simultánea en otra sala mediante circuito cerrado de televisión. Como alternativas mencionaron la difusión diferida por circuito de televisión y la celebración de una sesión separada para los terceros participantes que optaran por no participar en la audiencia abierta.

oficinas, observaciones adicionales referidas específicamente a las modalidades técnicas propuestas por los participantes para la observación de la audiencia por el público. Se recibieron observaciones del Brasil, China, la India y México, así como del Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos.

2. Consideramos que debemos pronunciarnos sin demora sobre la solicitud de los participantes. En consecuencia, dictamos una resolución con razones concisas que posiblemente desarrollemos en el informe del Órgano de Apelación.

3. Los participantes tienen diferentes opiniones sobre el alcance del término "actuaciones" que figura en el párrafo 10 del artículo 17 del ESD. Las Comunidades Europeas aducen que dicho término debe interpretarse restrictivamente en el sentido de que se refiere a la labor interna del Órgano de Apelación y no incluye su audiencia.[2] Los Estados Unidos hacen referencia a las Recomendaciones del Comité Preparatorio a la OMC. Sostienen que dicho Comité consideró que el párrafo 10 del artículo 17 estaba centrado en las deliberaciones del Órgano de Apelación.[3] El Canadá reconoce que el término "actuaciones" abarca la audiencia. El Brasil, China, la India y México han expresado una opinión análoga. Consideramos que el término "actuaciones" significa todo el procedimiento en el que se sustancia una apelación, desde el inicio de ésta hasta la distribución del informe del Órgano de Apelación, incluida la audiencia. Así es también como el Órgano de Apelación interpretó el término en el asunto *Canadá – Aeronaves*.[4] Habiendo convenido en esta interpretación amplia del término "actuaciones", pasamos a analizar el sentido y el alcance precisos de la prescripción de confidencialidad establecida en el párrafo 10 del artículo 17.

4. Los terceros participantes que se oponen a la solicitud de se que permita la observación de la audiencia por el público aducen que la prescripción de confidencialidad que figura en el párrafo 10 del artículo 17 es absoluta y no admite excepciones. No estamos de acuerdo con esta interpretación, porque el párrafo 10 del artículo 17 debe leerse en su contexto, en particular en relación con el párrafo 2 del artículo 18 del ESD. La segunda frase del párrafo 2 del artículo 18 prevé expresamente que "[n]inguna de las disposiciones del presente Entendimiento impedirá a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones". Por consiguiente, con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 las partes pueden decidir renunciar a la protección del carácter confidencial de sus posiciones. Salvo la India, los participantes y terceros participantes coincidieron en que la expresión "sus posiciones" del párrafo 2 del artículo 18 va más allá de las comunicaciones escritas a que hace referencia la primera frase de dicho párrafo e incluye las declaraciones orales y las respuestas a las preguntas formuladas por el Órgano de Apelación en la audiencia. La tercera frase del párrafo 2 del artículo 18 dispone que los "Miembros considerarán confidencial la información facilitada al grupo especial o al Órgano de Apelación por otro Miembro a la que éste haya atribuido tal carácter". Esta disposición sería redundante si se interpretara que el párrafo 10 del artículo 17 exige confidencialidad absoluta respecto de todos los elementos del procedimiento de apelación. No habría necesidad de exigir, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 18, que un Miembro atribuya carácter confidencial a determinada información. La última frase del párrafo 2 del artículo 18 garantiza que ni siquiera la atribución de ese carácter por un Miembro ponga fin al derecho de otro Miembro a hacer públicas sus posiciones. Cuando se le pida, un Miembro deberá facilitar un resumen no confidencial de la información contenida en sus comunicaciones escritas a la que haya atribuido carácter confidencial,

[2] Solicitud de apertura de la audiencia presentada por las Comunidades Europeas, párrafo 9. Noruega también abogó por una interpretación más restrictiva del término "actuaciones".

[3] Observaciones formuladas por los Estados Unidos sobre las comunicaciones de los terceros participantes con respecto a las audiencias abiertas, párrafos 5 y 6 (donde se hace referencia al Establecimiento del Órgano de Apelación: Recomendaciones del Comité Preparatorio a la OMC aprobadas por el Órgano de Solución de Diferencias el 10 de febrero de 1995 (WT/DSB/1), párrafo 9).

[4] Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Aeronaves*, párrafo 143. Sin embargo, observamos que en ese caso no se solicitó la supresión del carácter confidencial, sino una protección adicional de la confidencialidad de la información comercial confidencial.

que a continuación pueda hacerse público. Por tanto, el párrafo 2 del artículo 18 respalda como contexto la opinión de que la norma de confidencialidad establecida en el párrafo 10 del artículo 17 no es absoluta. De lo contrario, no estaría permitido hacer públicas las comunicaciones escritas u otras declaraciones en ninguna etapa de las actuaciones.

5. En la práctica, la prescripción de confidencialidad establecida en el párrafo 10 del artículo 17 tiene sus límites. Los anuncios de apelación y los informes del Órgano de Apelación se hacen públicos. Los informes del Órgano de Apelación contienen resúmenes de las comunicaciones escritas y orales de los participantes y terceros participantes y con frecuencia las citan directamente. La publicación de los informes del Órgano de Apelación es un rasgo intrínseco y necesario de nuestro sistema resolutorio basado en normas. Por consiguiente, en el marco del ESD, la confidencialidad es relativa y limitada en el tiempo.

6. A nuestro juicio, es más procedente entender que la prescripción de confidencialidad que figura en el párrafo 10 del artículo 17 opera de manera relacional.[5] En los procedimientos de apelación existen diferentes conjuntos de relaciones que incluyen las siguientes. En primer lugar, una relación entre los participantes y el Órgano de Apelación. En segundo lugar, una relación entre los terceros participantes y el Órgano de Apelación. La prescripción de que las actuaciones del Órgano de Apelación sean confidenciales otorga protección a estas relaciones separadas y tiene por objeto salvaguardar los intereses de los participantes y terceros participantes y la función resolutoria del Órgano de Apelación, con el fin de impulsar el sistema de solución de diferencias en condiciones de equidad, imparcialidad, independencia e integridad. En este caso, los participantes han solicitado conjuntamente autorización para renunciar a la protección de la confidencialidad de sus comunicaciones con el Órgano de Apelación en la audiencia. La solicitud de los participantes no se extiende a ninguna comunicación, ni afecta a la relación, entre los terceros participantes y el Órgano de Apelación. La solicitud conjunta no tiene consecuencias para el derecho a la confidencialidad de los terceros participantes en su relación con el Órgano de Apelación. Por tanto, la cuestión que se plantea es si la solicitud formulada por los participantes para renunciar a la protección de la confidencialidad satisface los requisitos de equidad e integridad que son los atributos esenciales del procedimiento de apelación y definen la relación entre el Órgano de Apelación y los participantes. Si la solicitud cumpliera estos criterios, el Órgano de Apelación se inclinaría a acceder a esa solicitud conjunta.

7. Observamos que el ESD no prevé específicamente una audiencia en la etapa de apelación. El Órgano de Apelación instituyó la audiencia en sus *Procedimientos de trabajo*, establecidos de conformidad con el párrafo 9 del artículo 17 del ESD. La celebración y organización de la audiencia está comprendida en las facultades del Órgano de Apelación (*compétence de la compétence*) de conformidad con la Regla 27 de los *Procedimientos de trabajo*. En consecuencia, el Órgano de Apelación está facultado para ejercer control sobre la celebración de la audiencia, incluso para autorizar el levantamiento de la confidencialidad a solicitud conjunta de los participantes en la medida en que ello no afecte desfavorablemente a los derechos e intereses de los terceros participantes o a la integridad del proceso de apelación. Como hemos observado antes, el párrafo 10 del artículo 17 es también aplicable a la relación entre los terceros participantes y el Órgano de Apelación. Sin embargo, a nuestro juicio, los terceros participantes no pueden invocar el párrafo 10 del artículo 17, en la medida en que éste se aplica a su relación con el Órgano de Apelación, a fin de impedir que se levante la protección de la confidencialidad por lo que respecta a la relación entre los participantes y el Órgano de Apelación. De manera análoga, el hecho de que se acceda a la solicitud de renuncia a la confidencialidad formulada por los participantes no afecta al derecho de los terceros participantes a salvaguardar la confidencialidad de sus comunicaciones con el Órgano de Apelación.

[5] Esta manera de ver los derechos y obligaciones relativos a la confidencialidad desde el punto de vista relacional es coherente con el criterio seguido en las jurisdicciones nacionales con respecto a cuestiones similares tales como la de la protección de las comunicaciones confidenciales.

8. Algunos de los terceros participantes adujeron que el párrafo 10 del artículo 17 impone al propio Órgano de Apelación una limitación por lo que respecta a su facultad de autorizar el levantamiento de la confidencialidad. Estamos de acuerdo en que las propias facultades del Órgano de Apelación están sujetas a limitación por cuanto determinados aspectos de la confidencialidad no pueden ser soslayados -ni siquiera por el Órgano de Apelación- cuando ello pueda menoscabar el ejercicio y la integridad de la función resolutoria del Órgano de Apelación. Esto incluye la situación prevista en la segunda frase del párrafo 10 del artículo 17, en la cual se establece que "[l]os informes del Órgano de Apelación se redactarán sin que se hallen presentes las partes en la diferencia y a la luz de la información proporcionada y de las declaraciones formuladas". Como han señalado los participantes, la confidencialidad de las deliberaciones es necesaria para proteger la integridad, la imparcialidad y la independencia del proceso de apelación. A nuestro juicio, esas preocupaciones no se ponen de manifiesto en una situación en que, a raíz de una solicitud conjunta de los participantes, el Órgano de Apelación autoriza el levantamiento de la confidencialidad de las declaraciones formuladas por los participantes en la audiencia.

9. El Órgano de Apelación, tanto al establecer los *Procedimientos de trabajo* como en la práctica de apelación, ha fomentado la participación activa de los terceros en el proceso de apelación. El párrafo 4 del artículo 17 dispone que los terceros participantes "podrán presentar comunicaciones por escrito al Órgano de Apelación, que podrá darles la oportunidad de ser oídos". En sus *Procedimientos de trabajo*, el Órgano de Apelación ha dado pleno efecto a este derecho estableciendo la intervención de los terceros participantes durante la totalidad de la audiencia, en tanto que los terceros sólo se reúnen con los grupos especiales en una sesión de la primera reunión sustantiva que se celebra de manera separada. Sin embargo, los terceros participantes no son las partes principales en una diferencia. Más bien, tienen un interés sistémico en la interpretación de las disposiciones de los Acuerdos abarcados que pueden estar en cuestión en una apelación. Aunque sus opiniones sobre las cuestiones de interpretación jurídica sometidas al Órgano de Apelación siempre son valiosas y se examinan detalladamente, dichas cuestiones de interpretación jurídica no son intrínsecamente confidenciales. Además, no corresponde a los terceros participantes determinar cuál es la mejor manera de proteger la confidencialidad en la relación entre los participantes y el Órgano de Apelación. A fin de sustentar sus objeciones a la observación de la audiencia por el público, los terceros participantes tendrían que identificar un interés específico en su relación con el Órgano de Apelación que resultaría desfavorablemente afectado si accediéramos a la solicitud de los participantes -en este caso, no podemos determinar que existan intereses de ese tipo-.

10. La solicitud de observación de la audiencia por el público ha sido formulada conjuntamente por los tres participantes: el Canadá, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos. Como hemos explicado antes, el Órgano de Apelación está facultado para acceder a una solicitud conjunta de levantamiento de la confidencialidad formulada por los participantes siempre que ello no afecte a la confidencialidad de la relación entre los terceros participantes y el Órgano de Apelación ni menoscabe la integridad del proceso de apelación. Los participantes han sugerido diversas modalidades que permiten la observación de la audiencia por el público, salvaguardando al mismo tiempo la protección de la confidencialidad de que gozan los terceros participantes. Esas modalidades incluyen la transmisión simultánea o en diferido mediante un circuito cerrado de televisión en una sala distinta de la utilizada para la audiencia. Por último, no consideramos que la observación de la audiencia por el público, utilizando los medios antes descritos, tenga una repercusión desfavorable en la integridad de las funciones resolutorias que desempeña el Órgano de Apelación.

11. Por estas razones, la Sección autoriza la observación por el público de la audiencia en este procedimiento, con sujeción a las condiciones que se establecen a continuación. Por consiguiente, de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 16 de los *Procedimientos de trabajo*, adoptamos los siguientes procedimientos adicionales a los efectos de estas apelaciones:

a) Se permitirá la observación de la audiencia por el público mediante una transmisión simultánea por circuito cerrado de televisión. La señal de televisión por circuito cerrado se difundirá en una sala distinta a la cual tendrán acceso los delegados de los Miembros de la OMC y los miembros del público en general que estén debidamente registrados.

b) Las declaraciones orales de los terceros participantes que deseen mantener la confidencialidad de sus comunicaciones, así como sus respuestas a preguntas, no podrán ser observadas por el público.

c) Cualquier tercero participante que aún no lo haya hecho podrá solicitar autorización para hacer públicas sus declaraciones orales y sus respuestas a preguntas con arreglo a lo previsto en el párrafo a) *supra*. Esas solicitudes deberán ser recibidas por la Secretaría del Órgano de Apelación a las 17.30 h del 18 de julio de 2008 a más tardar.

d) Se reservará un número apropiado de asientos para los delegados de los Miembros de la OMC en la sala en que tendrá lugar la transmisión por circuito cerrado.

e) Se dará aviso de la audiencia al público en general mediante el sitio Web de la OMC. Los delegados de la OMC y los miembros del público en general que deseen observar la audiencia estarán obligados a registrarse previamente ante la Secretaría de la OMC.

f) En caso de que debido a consideraciones prácticas la audiencia no pueda transmitirse de manera simultánea, se difundirá en diferido la correspondiente grabación de vídeo.