

LA DIFERENCIA RELATIVA A LA SUSPENSIÓN DE
OBLIGACIONES PLANTEADA POR LAS COMUNIDADES
EUROPEAS CONTRA LOS ESTADOS UNIDOS
DE AMÉRICA Y CANADÁ, RESPECTO DEL CASO
DE HORMONAS ANTE LA ORGANIZACIÓN
MUNDIAL DEL COMERCIO. INFORME
DEL ÓRGANO DE APELACIÓN*

Carlos H. REYES DÍAZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes del caso*. III. *Análisis y decisión del grupo especial de 2005*. IV. *Competencia del grupo especial*. A) *Carga de la prueba*. B) *Compatibilidad de la directiva 2003/74/CE con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC*. V. *Análisis de la resolución en apelación*. VI. *Comunidades Europeas. Alegatos*. VII. *Estados Unidos. Alegatos*. VIII. *Canadá. Alegatos*. IX. *Análisis del órgano de apelación*. A) *¿Cuándo debe un Miembro de la OMC poner fin a una suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 8 del artículo 22 del ESD*. B) *¿Se excedió de su mandato el grupo especial al abordar la conformidad de la Directiva 2003/74/CE con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias?* C) *¿Cuál es la vía procesal procedente para resolver un desacuerdo acerca de si la medida incompatible ha sido suprimida?* D) *¿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 ha puesto en conformidad lo dispuesto por el OSD?* X. *Mantenimiento de la suspensión*. A) *¿Incurrió en error el grupo especial al constatar que Estados Unidos y Canadá “tratan de reparar una infracción” con respecto a la Directiva 2003/74/CE?* B) *¿Incurrió en error el grupo especial al constatar que Estados Unidos y*

* El Informe completo puede encontrarse en la página de la OMC, en inglés, francés y español, en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds320_s.htm clasificado como WT/DS320/AB/R.

** Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor de Carrera de Tiempo Completo, titular de las materias Régimen Jurídico del Comercio Exterior, Derecho de la Integración Económica y Solución de Controversias de Comercio Exterior, todas ellas en la Licenciatura; y titular de la materia Participación de México en el Régimen Jurídico del Comercio Internacional I, en la División de Estudios de Posgrado, todas en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Canadá habían formulado una determinación de infracción sin recurrir al ESD, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23? C) El debido proceso en las consultas del grupo especial con los expertos científicos. XI. Conclusión General.

I. INTRODUCCIÓN

EN ESTE TRABAJO se analiza la más reciente decisión del Órgano de Apelación, aprobada por el Órgano de Solución de Diferencias en un caso que se ha prolongado por más de diez años y que puede considerarse sin lugar a dudas, una de las más importantes disputas llevadas al seno de la OMC por las dos potencias económicas más importantes de dicho organismo: los Estados Unidos de América (apoyado en este caso por Canadá) y la Unión Europea (o Comunidades Europeas, como se le denomina en todo el documento).

Debe tenerse presente, como conocimiento previo del tema, que las etapas del procedimiento de solución de diferencias de la OMC son rigurosas: Primero, se solicitan consultas para tratar de llegar a un arreglo amistoso entre los contendientes y/o definir los puntos de la litis; posteriormente, de fracasar las consultas se solicita la instalación de un grupo especial que se encargará de resolver las cuestiones planteadas por las partes en el mandato que se le confiere y que consiste específicamente en revisar las posibles violaciones a los acuerdos abarcados de la OMC (en este caso el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el GATT 94 y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio), así como las causas de anulación y menoscabo que aleguen las partes.

Como resultado del Informe emitido por el grupo especial, considerado como resolución del caso, las partes pueden iniciar un procedimiento de apelación ante el Órgano de Apelación de la OMC, cuerpo colegiado permanente, compuesto por 7 miembros, aunque sólo 3 de ellos resuelven cada diferencia. Una vez que el Órgano de Apelación emite su Informe, éste debe ser aprobado por el pleno del Órgano de Solución de Diferencias, compuesto por representantes de los 153 Miembros de la OMC, y será hasta este momento cuando será obligatorio para los contendientes.

El objetivo final del mecanismo de solución de diferencias de la OMC consiste en lograr una solución mutuamente satisfactoria para las partes antes que emitir una resolución del caso, pero cuando esto no puede lograrse existe la posibilidad (aunque sólo como último recurso) de autorizar la suspensión de beneficios como medida de retorsión.

En el presente caso se concluyeron a todas las etapas mencionadas anteriormente, sólo que, ante una suspensión de beneficios aplicada por Estados Unidos y Canadá contra las Comunidades Europeas, éstas iniciaron un nuevo proceso argumentando un presunto cumplimiento de lo dispuesto anteriormente por el OSD, mismo que no fue considerado como satisfactorio por Estados Unidos y Canadá. Este nuevo proceso fue revisado nuevamente por un grupo especial y por el Órgano de Apelación. El Informe de este último, aprobado por el pleno del OSD, es el motivo de análisis de este trabajo.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

La controversia fue planteada de manera inicial a causa de la publicación, en 1996, de la directiva¹ 96/22/CE por las Comunidades Europeas que prohibía la importación de carne y productos cárnicos bovinos tratados con hormonas de crecimiento, provenientes de Estados Unidos y Canadá, debido a presuntos efectos cancerígenos en los consumidores. La prohibición europea se consideró como una medida sanitaria, de conformidad con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (Acuerdo MSF).

Como resultado de la controversia iniciada por Estados Unidos y Canadá ante el Órgano de Solución de Diferencias, el grupo especial resolvió —en términos generales— y lo resuelto fue aprobado por el Órgano de Apelación, que la medida adoptada por las Comunidades Europeas no era consistente con el párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, ni con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, ni con el texto del GATT 94, en virtud de que los estudios científicos que se realizaron para determinar el nivel de contenido cancerogénico o genotóxico (*sic*) de la carne tratada con hormonas no eran lo suficientemente específicos, ni mostraban el tipo particular de riesgo a la población. Por lo tanto, la prohibición establecida en la directiva 96/22/CE, a juicio del grupo especial, cumplió con los estándares de evaluación de riesgo que dispone el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

¹ El artículo 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, celebrado en Roma, en 1957, establece que “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales, la elección de la forma y de los medios”. Es un instrumento jurídico, segundo en importancia después del Reglamento, que obliga a todos los Estados Miembros en la materia que regula. Emanada del Consejo o de la Comisión Europea y forma parte del Derecho Derivado Europeo.

En el informe el grupo especial destacó que las Comunidades Europeas no tenían razón, por las siguientes causas:

- a) Primera. Las medidas sanitarias impuestas no se basaban en una evaluación de riesgo, violando con ello el artículo 5 del Acuerdo MSF.
- b) Segunda. Adoptaron distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles de protección sanitaria que constituían una discriminación o restricción encubierta al comercio, violando con ello el párrafo 5 del mismo artículo 5.
- c) Tercera. Mantuvieron medidas sanitarias que no se basaban en normas internacionales existentes, violando el párrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo MSF.

La decisión fue adoptada en 1998 por el Órgano de Solución de Diferencias y en ella se recomendó a las Comunidades Europeas que pusieran sus acciones en conformidad con lo dispuesto por el OSD, para ello, otorgó un plazo prudencial de cumplimiento de 15 meses, mismo que expiró el 13 de mayo de 1999. Con esta decisión se entiende que concluyó la diferencia con un resultado desfavorable para las Comunidades Europeas, las que ya no contaban con ninguna posibilidad de recurrir el fallo, sólo de informar el cumplimiento o su avance al Órgano de Solución de Diferencias (OSD).

Las Comunidades Europeas informaron su imposibilidad de cumplir con la resolución en el plazo establecido, por lo que Estados Unidos y Canadá pidieron al OSD autorizar la suspensión de concesiones conforme al artículo 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias. Los niveles de suspensión de concesiones determinados por Estados Unidos y Canadá fueron impugnados por las Comunidades Europeas por considerarlos excesivos y solicitaron un arbitraje conforme al artículo 22.6 del ESD, que al poco tiempo decidió que los montos afectados y autorizados eran de 116.8 millones de dólares para Estados Unidos y de 11.3 millones de dólares canadienses, por lo tanto la suspensión de concesiones tendría que sujetarse a dichos montos.

El 26 de julio de 1999 se autorizó a Estados Unidos y a Canadá suspender concesiones y otras obligaciones respecto de las Comunidades Europeas. En Julio y Agosto, respectivamente, Estados Unidos y Canadá aplicaron derechos de importación del 100% a una serie de importaciones procedentes de determinados Estados de las Comunidades Europeas.

A partir de ese momento las Comunidades Europeas llevaron a cabo nuevos análisis para determinar el nivel de riesgo de la carne tratada con hormonas y con ello revertir el resultado del informe aprobado previamente

por el OSD. De los nuevos análisis realizados derivaron nuevos dictámenes en los años 1999, 2000 y 2002, con nuevas conclusiones científicas. Como resultado de dichos dictámenes, las Comunidades Europeas emitieron una nueva directiva el 22 de septiembre de 2003, la 2003/74/CE con las siguientes características:

- Dejaba sin efecto a la directiva 96/22/CE;
- Estableció (nuevamente) una prohibición permanente de la importación de carne y productos cárnicos bovinos tratados con Estradiol 17 β para estimular el crecimiento, por considerar esta hormona como “carcinógeno completo”, ya que provoca tumores y favorece su desarrollo en los consumidores, aunque los datos disponibles a ese momento no permitían hacer una estimación cuantitativa del riesgo.
- Estableció (nuevamente) una prohibición provisional sobre la carne y productos cárnicos de bovinos tratados con las otras cinco hormonas en controversia (progesterona, testosterona, zeranol, acetato de trembolona y MGA), por razones también de salud, aunque no tan contundentes como el caso del Estradiol 17 β .
- Tomaron como base los análisis realizados desde 1999 hasta 2002 para determinar nuevamente la prohibición de la importación de productos estadounidenses y canadienses, y fueron incluidos en la nueva directiva.

Las Comunidades Europeas notificaron el 27 de octubre de 2003 al Órgano de Solución de Diferencias la nueva directiva como medida destinada a cumplir lo ordenado anteriormente por el mismo órgano colegiado (el criterio de las Comunidades Europeas consistía en el hecho de que, aunque los nuevos dictámenes resolvían de manera similar a la anterior directiva, lo que se buscaba era profundizar en el análisis y aportar datos más precisos y concluyentes, y no necesariamente cambiar el sentido de la directiva 96/22/CE, ya que esto no constituía la esencia de la resolución del OSD). Con la supresión de la directiva anterior como medida fundamental, las Comunidades Europeas solicitaron al OSD que éste a su vez recomendara que Estados Unidos y Canadá eliminaran la suspensión de concesiones autorizada previamente por este cuerpo colegiado ante el incumplimiento de la resolución por parte de las Comunidades Europeas.

Estados Unidos y Canadá se negaron a dejar sin efecto sus medidas para suspender concesiones (vale decir que el OSD nunca emitió dicha recomendación sugerida) por considerar que la nueva directiva 2003/74/CE no

sólo no cumplía con el mandato del OSD, sino que además las Comunidades Europeas habían sustituido simplemente los instrumentos y mantenía la prohibición para exportar los productos cárnicos a los estados miembros de la Comunidades Europeas, lo que para Estados Unidos y Canadá representaba el fondo real del asunto.

Las Comunidades Europeas iniciaron un nuevo procedimiento de solución de diferencias ante la OMC mediante la solicitud de Consultas con Estados Unidos y Canadá el 8 de Noviembre de 2004. Al fracasar éstas, se solicitó el establecimiento de un grupo especial que quedó formalmente constituido el 17 de Febrero de 2005.

III. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL GRUPO ESPECIAL DE 2005

Mandato. Al grupo especial en esta ocasión se le encomendó revisar el “Incumplimiento de Estados Unidos y de Canadá de las obligaciones que les correspondían en virtud del Entendimiento de Solución de Diferencias (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” (énfasis añadido).

Para las Comunidades Europeas, Estados Unidos y Canadá violaron diversas disposiciones, a saber:

- a) La violación del artículo 23, párrafos 1 y 2 a) del ESD. En pocas palabras, esto se refiere a que, a juicio de las Comunidades Europeas, Estados Unidos y Canadá no acudieron a los mecanismos de solución de diferencias establecidos por la OMC y formularon una determinación individual de infracción respecto de la nueva directiva. El grupo especial consideró que aunque Estados Unidos y Canadá estaban autorizados para suspender concesiones, la autorización del OSD no significaba una obligación de suspender. Es decir, después de la directiva 2003/74/CE, Estados Unidos y Canadá decidieron continuar con la suspensión y esto implica, a criterio de las Comunidades Europeas (apoyado por el grupo especial), que ellos estaban “activamente” tratando de reparar una infracción en el sentido del artículo 23.
- b) Violación del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Este artículo regula el procedimiento que deben seguir las partes ante el OSD para que

un grupo especial verifique el “cumplimiento efectivo” de los países a las resoluciones del propio OSD. El grupo especial concluyó que Estados Unidos y Canadá lo habían infringido al tratar de reparar el incumplimiento del Acuerdo sobre la OMC a través de una determinación de que la medida de la Comunidades Europeas no cumplía las recomendaciones y resoluciones del OSD, sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del mismo Entendimiento, específicamente de este artículo.

- c) Violación de los artículos 23.1, 22.8 y 3.7 del ESD. Por mantener la suspensión de concesiones aunque se hubiera suprimido la medida declarada incompatible (que para los comunitarios consistía en la directiva 96/22/CE). Según el grupo especial la frase “hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible” implica que lo que debe lograrse no es la supresión de la medida (directiva) sino el cumplimiento real de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

Además, las Comunidades Europeas argumentaron para su beneficio, la *Presunción de cumplimiento de buena fe*.

El grupo especial reconoció que, conforme al Derecho Internacional, los Estados gozan de una presunción de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de un tratado. Para los comunitarios esto significaba que si ellos habían anunciado el cumplimiento del Informe del OSD, existe una presunción de buena fe de que efectivamente creen haber cumplido y no se debe poner en duda su buena fe. Sin embargo, el grupo especial consideró que esta presunción no significa que las Comunidades Europeas hayan cumplido realmente sus obligaciones y dijo que en este caso también Canadá y Estados Unidos podrían argumentar lo mismo respecto del mantenimiento de sus medidas de suspensión. Según el grupo especial, además, “la supresión de la medida declarada incompatible con el Acuerdo Abarcado deroga la autorización del OSD de suspender concesiones”.

Respecto del argumento de las Comunidades Europeas de que la presunción de buena fe sólo puede refutarse con lo dispuesto en el artículo 21.5 del ESD, lo que quiere decir que Estados Unidos y Canadá debieron iniciar el procedimiento de dicho artículo para combatir la declaración europea de cumplimiento, el grupo especial concluyó que el Entendimiento de Solución de Diferencias no prevé nada de esto y rechazó su argumento.

IV. COMPETENCIA DEL GRUPO ESPECIAL

Las Comunidades Europeas argumentaron ante el Órgano de Apelación que el grupo especial se había excedido en su mandato al haber analizado la congruencia de la directiva 2003/74/CE con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, cuando esta no era una tarea derivada del mandato que se le confirió en un principio. El grupo especial reconoció que su mandato no incluía ninguna de las disposiciones del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y que, por consiguiente, no le correspondía examinar las supuestas infracciones del mismo, ni formular constataciones. No obstante, consideró que debía ocuparse de la compatibilidad de la directiva con las disposiciones de dicho Acuerdo en cuanto a si la medida de las Comunidades Europeas declarada incompatible había sido suprimida. Por ello, el grupo especial concluyó que por estas razones sí tiene competencia para analizar la compatibilidad de la directiva, sólo en lo que se refiere al análisis respecto del artículo 22.8 del ESD.

A) Carga de la prueba

El grupo especial determinó que correspondía a las Comunidades Europeas demostrar su alegato de que Estados Unidos y Canadá habían infringido el artículo 22.8 (relativo al cumplimiento efectivo de las resoluciones). Estableció que las Comunidades Europeas gozaban de una presunción de buena fe en su cumplimiento y una vez que lo acreditaran le correspondía a Estados Unidos y a Canadá refutar dicha presunción. Sin embargo, el grupo especial consideró que Canadá y Estados Unidos refutaron suficientemente el alegato de cumplimiento de las Comunidades Europeas respecto del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y posteriormente, las Comunidades Europeas respondieron al alegato de infracción. Por ello, el grupo especial consideró que las Comunidades Europeas nunca tuvieron que demostrar realmente algo negativo en este caso.

B) Compatibilidad de la directiva 2003/74/CE con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC

El grupo especial concluyó que las Comunidades Europeas no demostraron que hubieran suprimido la medida incompatible con el Acuerdo Abarcado,

es decir, eliminando la directiva 96/22/CE no se logró el cumplimiento sustantivo, desde su punto de vista. En consecuencia, el grupo especial decidió que la Comunidades Europeas no demostraron que Estados Unidos y Canadá infringieron los artículos 22.8, 23.1 o 3.7 del Entendimiento de Solución de Diferencias.

C) Sugerencia del grupo especial

El grupo especial tomó la decisión de sugerir (un error que posteriormente fue revocado en apelación) que Estados Unidos y Canadá (y sólo ellos) debían recurrir sin demora a las normas y procedimientos del ESD, con el fin de aplicar sus constataciones en el marco del artículo 23 y de asegurar la pronta solución de esta diferencia. Esta recomendación dio lugar a argumentos en apelación, no sólo por parte de Estados Unidos y Canadá, sino también por parte de las Comunidades Europeas, que por su parte coincidieron que era demasiado limitada, sin efectos jurídicos reales, con lo que puede decirse que la iniciativa del grupo especial fue desafortunada en todos sus puntos.

V. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN EN APELACIÓN

La más reciente resolución emitida en este caso derivó de la inconformidad, tanto por parte de las Comunidades Europeas como por Estados Unidos y Canadá, del Informe del grupo especial de fecha 21 de marzo de 2008, clasificado como WT/DS320/R por la OMC. La solicitud de apelación de este Informe se presentó el 29 de mayo de 2008 y el informe fue adoptado por el pleno del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, el 14 de noviembre de 2008, con la nomenclatura WT/DS320/18.

VI. COMUNIDADES EUROPEAS. ALEGATOS

1. Su argumento principal consistió en que el artículo 22.8 no especifica que le incumbe al demandado inicial (es decir, a ellos mismos) demostrar que ha suprimido la medida incompatible; además, las Comunidades Europeas han demostrado que la medida incompatible, a saber, la directiva 96/22/CE, ha sido suprimida.

2. El grupo especial, según su apreciación, se equivocó por constatar que Estados Unidos y Canadá “No” estaban obligados a iniciar un procedimiento conforme al artículo 21.5 si consideraban que la directiva no cumplía con lo ordenado por el Órgano de Solución de Diferencias, además de que los comunitarios creen que el procedimiento del artículo 21.5 sólo puede iniciarlo el reclamante inicial (es decir, Estados Unidos y Canadá).
3. El grupo especial también se equivocó al decidir que Estados Unidos y Canadá no violaron el 22.8, toda vez que este artículo exigía la terminación de la suspensión de concesiones tras la adopción y ulterior notificación al OSD de la directiva 2003/74/CE.
4. El grupo especial, además, se excedió en su mandato y asumió erróneamente las funciones de un grupo especial de cumplimiento, es decir, del artículo 21.5 al examinar la compatibilidad de la nueva directiva con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
5. Las Comunidades Europeas solicitaron al Órgano de Apelación que mejorara su sugerencia de que Estados Unidos y Canadá debían acudir al procedimiento del artículo 21.5, de manera que se entendiera que Estados Unidos y Canadá debían dejar de aplicar la suspensión de concesiones, además de recurrir al procedimiento establecido en el artículo 21.5 relativo al arbitraje de cumplimiento.

VII. ESTADOS UNIDOS. ALEGATOS

1. Afirieron en apelación que las Comunidades Europeas “simplemente cambiaron” los instrumentos jurídicos en que se basa la prohibición de importación y, al hacerlo, no suprimieron la prohibición como tal, es decir, la medida incompatible en el sentido del artículo 22.8.
2. El grupo especial incurrió en error al constatar que Estados Unidos trataban de reparar una infracción mediante el mantenimiento de la suspensión de concesiones, por lo que nunca violaron el artículo 23 del Entendimiento de Solución de Diferencias.
3. Discrepan del grupo especial en cuanto a que las declaraciones de Estados Unidos respecto de la directiva en las reuniones del OSD constituyeron una “determinación” en el sentido del artículo 23.2 a), ya que esta determinación no puede ser inferida o implícita. En pocas palabras, consideran que el grupo especial se equivocó al considerar que las afirmaciones que hicieron los delegados estadounidenses y canadienses en

las reuniones plenarias del OSD contra la nueva directiva comunitaria, pueden constituir pruebas plenas o afirmaciones jurídicas que puedan utilizarse en procedimientos de solución de diferencias como pruebas, ya que estas afirmaciones se emiten en un entorno netamente diplomático y político.

VIII. CANADÁ. ALEGATOS

1. Alega que a las Comunidades Europeas, como demandado inicial, nada le impide desde el punto de vista jurídico iniciar un procedimiento de conformidad con el artículo 21.5, aun cuando se trate de un procedimiento para verificar su propio cumplimiento con los Acuerdos de la OMC.
2. Alega 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 respecto de los Acuerdos Abarcados, y no sólo la medida inicialmente impugnada.
3. El grupo especial debió aplicar en primer lugar el artículo 22.8 (es decir, verificar si las Comunidades Europeas habían cumplido efectivamente el Informe del OSD) para determinar si debía o no ponerse fin a la suspensión de concesiones.
4. Canadá tenía autorización del OSD para suspender concesiones y el hecho de que existiera una nueva directiva no significaba por sí mismo que el fundamento jurídico de la suspensión de concesiones hubiera cambiado. En tanto el Órgano de Solución de Diferencias no revoque la autorización para suspender concesiones, nada lo obliga a suspenderlas.
5. Canadá está en desacuerdo con el grupo especial en su recomendación de acudir al procedimiento del artículo 21.5, ya que esto contradice la propia constatación del grupo especial de que Canadá no había infringido el artículo 22.8 del ESD.

IX. ANÁLISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

El sistema de análisis que emplea el Órgano de Apelación para resolver cada una de las cuestiones planteadas por las Partes, consiste en formular algunas preguntas a las que les da contestación con fundamento y motivación. Por

la extensión del Informe, sólo se plantean las cuestiones que se consideran más relevantes, a juicio personal.

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

El artículo 3.7 del ESD establece que el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas si se constata que son incompatibles con los Acuerdos Abarcados. Si no se logra, el último recurso será la posibilidad de suspender concesiones.

El artículo 22.8, por otra parte, dispone que la suspensión de concesiones deberá ser temporal hasta que se cumpla una de las 3 condiciones resolutorias siguientes:

- a) Que se haya suprimido la medida incompatible con un acuerdo abarcado.
- b) Que el Miembro que deba cumplir ofrezca una solución a la anulación y menoscabo.
- c) Que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria.

La referencia a una “solución a la anulación y menoscabo de ventajas”, mencionada en el numeral b), 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.

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. Para el Órgano de Apelación, una directiva que sustituye a otra declarada previamente incompatible, debe propiciar el cumplimiento de los Acuerdos y no sólo dejar sin efecto disposiciones anteriores.

Decisión. Para el Órgano de Apelación, en caso de desacuerdo acerca de si se ha alcanzado el cumplimiento sustantivo, es imprescindible confirmar el cumplimiento de la primera condición del artículo 22.8 sólo mediante un procedimiento multilateral de solución de diferencias, nunca de manera unilateral. La suspensión de concesiones se mantendrá, por consecuencia, hasta que se resuelva la diferencia y deberá eliminarse si se resuelve que la medida adoptada da lugar al cumplimiento sustantivo.

B) *¿Se excedió de su mandato el grupo especial al abordar la conformidad de la Directiva 2003/74/CE con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias?*

Las Comunidades Europeas alegan que sí, porque Estados Unidos y Canadá estaban obligados a poner fin a la suspensión de concesiones (conforme al artículo 22.8) porque la nueva directiva dio cumplimiento real (y no sólo presunto, tomando en cuenta la buena fe) de las recomendaciones y resoluciones del OSD. El hecho de que Estados Unidos y Canadá no iniciaran el procedimiento establecido en el artículo 21.5 supone necesariamente que han formulado una determinación unilateral de incompatibilidad de la medida de aplicación con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

Para las Comunidades Europeas, el grupo especial no debió determinar que la directiva 2003/74/CE era incompatible con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, ya que ello le corresponde sólo a un tribunal creado ex profeso, además de que se apartó de su mandato original relativo a la obligación por parte de Canadá y Estados Unidos de eliminar la suspensión de concesiones ante un cumplimiento efectivo por parte de las Comunidades Europeas, del Informe previo del Órgano de Solución de Diferencias.

Decisión. El Órgano de Apelación resolvió que la medida incompatible no debe considerarse suprimida a menos que se haya alcanzado el cumplimiento sustantivo. Una presunción de que las Comunidades Europeas actuaron de buena fe al adoptar la nueva directiva no basta para acreditar la supresión de la medida incompatible, en el sentido del artículo 22.8 del ESD.

El hecho de que las Comunidades Europeas calificaran la cuestión del cumplimiento real mediante la nueva directiva como una alegación subsidiaria (independiente de su congruencia o no con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias) no impedía al grupo especial evaluar si existía un cumplimiento sustantivo. Por el contrario, en opinión del Órgano de Apelación, el grupo especial no habría interpretado ni aplicado correctamente el artículo 22.8 si hubiera seguido el criterio de las Comunidades Europeas en el sentido de abstenerse de tratar la cuestión de si la derogación de la directiva 96/22/CE y la adopción de la nueva daban lugar a un cumplimiento sustantivo.

Por todo lo anterior, el Órgano de Apelación rechazó el alegato de las Comunidades Europeas y confirmó lo resuelto por el grupo especial en el sentido de que (el grupo especial) tiene jurisdicción para considerar la compatibilidad de la medida de aplicación (la directiva 2003/74/CE) con el

Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias como parte de su examen con respecto al cumplimiento efectivo regulado en el artículo 22.8. es decir, el grupo especial consideró, y fue apoyado por el Órgano de Apelación, que sería imposible analizar si hubo o no cumplimiento efectivo si no se analiza la congruencia de la directiva con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. De esta manera, puede considerarse que no hubo una extralimitación de las facultades del grupo especial, ya que el haberse apartado de su mandato inicial sólo fue con la finalidad de verificar el cumplimiento efectivo de la directiva 2003/74/CE, que sí formaba parte de su mandato.

C) ¿Cuál es la vía procesal procedente para resolver un desacuerdo acerca de si la medida incompatible ha sido suprimida?

Las Comunidades Europeas argumentaron 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 21.5, que se refiere al arbitraje de cumplimiento.

Para Estados Unidos y Canadá la frase “se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias” debe interpretarse en el sentido de que puede recurrirse a cualquiera de los procedimientos que prevé el ESD, y no solamente al procedimiento del artículo 21.5.

El Órgano de Apelación coincidió con las Comunidades Europeas en el sentido de que las actuaciones de un grupo especial del artículo 21.5 constituyen el procedimiento que corresponde seguir cuando hay desacuerdo acerca de si la directiva 2003/74/CE ha logrado un cumplimiento sustantivo, por ser la norma específica para el presente procedimiento.

En otras palabras, el Entendimiento de Solución de Diferencias debe entenderse como un cuerpo jurídico compacto que debe interpretarse en su conjunto y no por partes. Cuando existe una disposición específica que regula un procedimiento particular no cabe la interpretación general del ordenamiento. Por ello, para el Órgano de Apelación la disposición que debe aplicarse es la que regula el artículo 21.5 por ser la más específica al caso concreto.

Con esta decisión, el Órgano de Apelación apoyó el argumento comunitario y determinó que ningún país puede decidir unilateralmente el cumplimiento efectivo de otro a los Acuerdos de la OMC, si no es por la vía

procesal establecida en el artículo 21.5 del Entendimiento de Solución de Diferencias.

D) *¿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 ha puesto en conformidad lo dispuesto por el OSD?*

El Órgano de Apelación consideró que, aunque el artículo 21.5 no indica cuál de las Partes puede iniciar el procedimiento, este precepto 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, al contrario de lo que aducen las Comunidades Europeas.

En palabras de las Comunidades Europeas un Miembro no puede recurrir al procedimiento establecido en el artículo 21.5 para confirmar la compatibilidad de sus propias medidas con los Acuerdos Abarcados 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”. En otras palabras, la naturaleza del Entendimiento es la de regular las diferencias, por lo que resulta incongruente que quien adopta una medida de cumplimiento tenga que iniciar una diferencia que tiene como fin combatir la eficacia de su propia medida. Por ello, su opinión es que le corresponde a Estados Unidos y a Canadá combatirla por la vía del 21.5.

El Órgano de Apelación consideró, no obstante lo anterior, que en la etapa de una diferencia posterior a la suspensión, el demandado inicial podría (y sólo como posibilidad) iniciar un procedimiento de un grupo especial del artículo 21.5 por una razón concreta: su interés en obtener la confirmación multilateral de que con su medida de aplicación ha logrado un cumplimiento sustantivo, de modo que, al lograrlo, el mantenimiento de la aplicación de la suspensión de concesiones resultaría ilegal con arreglo al artículo 22.8.

Las Comunidades Europeas consideraron (y el Órgano de Apelación coincidió, al menos en parte) que no debe esperarse 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 conforme al artículo 21.5. Sin embargo, (sigue

diciendo el Órgano de Apelación) 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 artículo 21.5 que ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD al rectificar tales incompatibilidades.

Ahora, si el reclamante inicial (en este caso Estados Unidos y Canadá) considera que la medida de aplicación es incompatible con las 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 21.5.

Decisión. Por los anteriores argumentos, la decisión del Órgano de Apelación tuvo tintes Salomónicos, en su opinión ambas Partes 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 artículo 22.8.

De acuerdo con su opinión, 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 su autorización para suspender las concesiones, como consecuencia de la adopción por el OSD de la constatación del grupo especial del artículo 21.5, en el sentido de que el demandado inicial se ha puesto en conformidad. Pero también las Comunidades Europeas tienen un interés importante en que se elimine la suspensión de concesiones que pesa sobre su mercado y en ello está la razón para iniciar el procedimiento.

Para el Órgano de Apelación, la asignación de la carga de la prueba, en el contexto del artículo 22.8, 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. 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”. Termina resolviendo que, en lo que respecta a todas las demás cuestiones, la carga de la prueba le corresponde al reclamante inicial.

X. MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN

Estados Unidos y Canadá alegaban que el grupo especial incurrió en error al constatar que ambos países 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 y solicitaron al Órgano de Apelación la revocación de estas circunstancias.

De acuerdo con el Órgano de Apelación el artículo 23 del ESD no prohíbe el acto en sí de tratar de reparar el incumplimiento. Más bien, para infringir dicho precepto, un Miembro debe tratar de reparar dicho incumplimiento sin recurrir a las normas del ESD o sin acatarlas.

El Órgano de Apelación compartió la opinión de Estados Unidos y 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 artículo 22.8, como ya se dijo anteriormente.

Decisión. El Órgano de Apelación resolvió que la suspensión de concesiones mantenida por Estados Unidos y Canadá es compatible con el artículo 23.1. Constató que el grupo especial incurrió en error al considerar que los alegatos de las Comunidades Europeas al amparo de los artículos 23.1 y 2 a), y del 21.5 pueden ser examinados “en forma completamente separada” de la cuestión relativa a si las Comunidades Europeas aplicaron las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia.

A) *¿Incurrió en error el grupo especial al constatar que Estados Unidos y Canadá “tratan de reparar una infracción” con respecto a la Directiva 2003/74/CE?*

De acuerdo con el criterio del Órgano de Apelación, el grupo especial señaló correctamente que la existencia de una prohibición a la importación en la nueva directiva no significaba que no se hubiera adoptado una medida de aplicación, aunque ambos ordenamientos prohibieran la importación de carne tratada con hormonas. Sin embargo, el análisis realizado por el grupo especial en virtud del artículo 23 no llegó a considerar si la medida de aplicación de la Comunidades Europeas había dado lugar a un cumplimiento sustantivo, lo que constituye el fondo del asunto.

Por lo tanto, al constatar el grupo especial que Estados Unidos y Canadá trataban de reparar una infracción al mantener la suspensión de concesiones, se dio por supuesto lo que todavía faltaba demostrar, es decir, que la medida incompatible contra la cual se autorizó la suspensión de concesiones (contenida aparentemente en la directiva 96/22/CE, pero que no era la directiva *per se*) ha sido efectivamente suprimida, en el sentido del artículo 22.8, mediante la directiva 2003/74/CE. El criterio 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 22.8.

El resultado: el grupo especial incurrió en error al analizar ambos temas de manera independiente.

B) *¿Incurrió en error el grupo especial al constatar que Estados Unidos y Canadá habían formulado una determinación de infracción sin recurrir al ESD, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23?*

Los delegados de Estados Unidos y Canadá formularon declaraciones sobre la directiva 2003/74/CE, en dos reuniones del OSD y el grupo especial concluyó que por las mismas Estados Unidos y Canadá habían llegado a “una decisión más o menos definitiva” de que la directiva era incompatible con el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y no daba aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD. A juicio del grupo especial, esas declaraciones constituían una “determinación” en el sentido del 23.2 a) del ESD, como lo sugirieron las Comunidades Europeas.

Las declaraciones de los delegados de Estados Unidos y 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 del OSD en la que las Comunidades Europeas notificaron la directiva.

El Órgano de Apelación consideró que las declaraciones formuladas en el OSD por los delegados de los Estados Miembros 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 dijo Estados Unidos, estas opiniones generalmente son de “carácter diplomático o político” y “por lo general no tienen efectos ni valor jurídicos en sí mismas y por sí solas”.

La decisión del Órgano de Apelación fue contraria a lo resuelto por el grupo especial, ya que si, desde el punto de vista del grupo especial, las declaraciones hechas en el pleno del OSD por parte de los delegados de los Estados Miembros podrían constituir una “determinación definitiva” con respecto a la incompatibilidad con la OMC de la medida de un Miembro, esto podría afectar desfavorablemente la capacidad de los Miembros de la OMC para expresar libremente sus opiniones sobre la posible compatibilidad con los acuerdos abarcados de medidas adoptadas por otros Miembros, desvirtuando con ello la naturaleza misma de dichas sesiones.

Decisión. El grupo especial incurrió en error al considerar que las declaraciones que Estados Unidos y Canadá formularon en las reuniones del OSD tenían el grado de firmeza o inmutabilidad necesario para constituir una “determinación” en el sentido del artículo 23 del ESD.

La sugerencia del grupo especial. El grupo especial sugirió, sobre la base del párrafo 1 del artículo 19 del ESD,² que Estados Unidos y Canadá recurrieran sin demora a las normas y procedimientos del Entendimiento. La Comunidades Europeas, Estados Unidos y Canadá cuestionaron esta sugerencia.

Estados Unidos y Canadá solicitaron al Órgano de Apelación, en caso de que confirmara la constatación del grupo especial de que ambos cometieron infracciones de procedimiento en el marco del artículo 23.1 y 2 a) (lo cual ya quedó claro que no fue así), que revocara la sugerencia del grupo especial.

Por su parte, las Comunidades Europeas sostuvieron que la sugerencia del grupo especial era “demasiado vaga para ser muy útil”, porque no está claro a “qué normas y procedimientos del ESD” deberían recurrir Estados Unidos y Canadá. Por ello, las Comunidades Europeas solicitaron que se “mejore” la sugerencia a fin de darle una forma más clara. Además, debe dejar claro que Estados Unidos y Canadá deben poner fin a la aplicación de la suspensión de concesiones y deben resolver los desacuerdos con respecto a la compatibilidad de la directiva 2003/74/CE, recurriendo al procedimiento del grupo especial del 21.5 o a cualquier otro procedimiento que las partes convengan.

Decisión. El Órgano de Apelación resolvió que la sugerencia del grupo especial se basó en sus constataciones de que Estados Unidos y Canadá infringieron el artículo 23.1 y 2 a) del ESD al tratar de obtener la reparación de una infracción de un acuerdo abarcado sin recurrir al mecanismo

² En su parte final dice: “Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas”.

de solución de diferencias previsto en el ESD. En virtud de que el Órgano de Apelación ya ha revocado estas constataciones, la sugerencia del grupo especial no puede mantenerse.

C) El debido proceso en las consultas del grupo especial con los expertos científicos

El grupo especial decidió no establecer un grupo consultivo de expertos como habían sugerido las Comunidades Europeas, sino consultar a expertos a título individual. Además, el grupo especial solicitó información no sólo a los expertos seleccionados sino también a tres entidades internacionales pertinentes: la Comisión del *Codex Alimentarius* (*Codex*), el Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios (JECFA) y el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (CIIC).

Estos tres organismos recomendaron 11 expertos y el grupo especial notificó a las partes para que se manifestaran si había algún impedimento para designarlos. Las Comunidades Europeas se opusieron a la designación 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 de este organismo estaba en el centro de este asunto y es la razón por la cual el grupo especial estaba ahora solicitando la asesoría de expertos externos. Añadieron que estos expertos no pueden ser considerados objetivos e imparciales en estas circunstancias, porque eso equivaldría pedirles que revisaran y criticaran su propio trabajo.

El grupo especial pidió a las partes que sugirieran los nombres de otros expertos. De 71 sugeridos, 40 indicaron que estaban disponibles, pero ambas partes presentaron objeciones con respecto a todos los expertos, excepto uno, aduciendo que no tenían suficientes conocimientos científicos o técnicos, que estaban vinculados a algún gobierno de una de las partes en la diferencia, que estaban vinculados con el JECFA, que habían recibido financiación de la industria farmacéutica, o que habían participado en la aprobación reglamentaria de alguna de las 6 hormonas.

El 24 de marzo de 2006 el grupo especial comunicó a las partes los nombres de los seis expertos que había seleccionado. Las Comunidades Europeas solicitaron que se reconsiderara la designación de dos expertos: el Dr. Jaques Boisseau y el Dr. Alan Boobis, por conflicto de intereses reales o aparentes.

El grupo especial no consideró que los argumentos de las Comunidades Europeas estuvieran justificados, añadiendo que: “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 de riesgo y podrían proporcionar al grupo especial información de fondo sobre las normas internacionales relativas a las hormonas en cuestión.

Las Comunidades Europeas pidieron al Órgano de Apelación la revocación de todas las constataciones del grupo especial que dependían del asesoramiento que recibió de estos expertos. Estados Unidos y Canadá, por su parte, solicitaron al Órgano de Apelación que rechazara el alegato de las Comunidades Europeas, tomando en cuenta que las Normas de Conducta (Art. II) y el Entendimiento de Solución de Diferencias (Art. 11) presuponen la independencia e imparcialidad de los expertos.

i) Alegatos y análisis de la cuestión

Las Comunidades Europeas alegaron que el grupo especial nunca examinó realmente si los expertos tenían conflicto de intereses para ser verdaderamente independientes e imparciales.

El grupo especial manifestó que había considerado cuidadosamente la solicitud de las Comunidades Europeas y resolvió que las objeciones no estaban justificadas.

Decisión: El Órgano de Apelación consideró que la información sobre los vínculos de los dos expertos con ciertas empresas farmacéuticas no era suficiente, por lo que el Órgano de Apelación consideró que el grupo especial no se excedió en sus facultades al desestimar las objeciones de las Comunidades Europeas.

*Vinculación con el JECFA:*³ Las Comunidades Europeas sostuvieron que el grupo especial no tuvo en cuenta su “objeción más importante”, a saber, que un experto que había participado en la redacción de los informes

³ El JECFA es un Comité internacional de expertos científicos, administrado conjuntamente por la FAO y la OMS, que evalúa la inocuidad de aditivos alimentarios contaminantes, sustancias tóxicas que se producen naturalmente y residuos de medicamentos veterinarios en los alimentos. El JECFA realiza evaluaciones de riesgo y da asesoramiento a la FAO, la OMS y los países miembros de ambas organizaciones. Algunos países utilizan información del JECFA en sus programas nacionales de control de inocuidad de los alimentos. Las solicitudes de asesoramiento se canalizan generalmente a través de la Comisión del *Codex Alimentarius*. El *Codex* ha adoptado normas internacionales para cinco de las hormonas objeto de esta diferencia, sobre la base de evaluaciones del JECFA.

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 argumentaron que, por ser autores de los informes del JECFA, no podía considerarse que ambos expertos eran independientes e imparciales en estas circunstancias, porque ello equivaldría a pedirles que examinaran y criticaran informes que ellos mismos habían redactado.

El grupo especial consideró que la participación de los dos expertos cuestionados, en lugar de ser un motivo de preocupación, haría que fueran más útiles como expertos.

Desde el punto de vista del Órgano de Apelación, el razonamiento del grupo especial no fue convincente porque las evaluaciones del riesgo del JECFA desempeñan una función tan importante en esta diferencia, que el grupo especial debió haber sido “especialmente prudente” a la hora de nombrar expertos a personas con vínculos institucionales con el JECFA.

El Órgano de Apelación consideró que fue improcedente que el grupo especial consultara a los Dres. *Boisseau* y *Boobis* porque, aunque ambos expertos son muy competentes en su área de conocimiento, su participación directa en las evaluaciones de riesgo de la JECFA respecto a las hormonas de esta diferencia, es preocupante para un resultado objetivo de su participación.

Decisión. El grupo especial no respetó los derechos de las Comunidades Europeas al debido proceso por haber consultado a los expertos cuestionados. Por ello, el grupo especial no hizo una evaluación objetiva del asunto como lo exige el artículo 11 del Entendimiento de Solución de Diferencias.

ii) *La Controversia respecto del Estradiol 17 β*

El grupo especial concluyó que “Todas las declaraciones de los expertos, y de hecho de los dictámenes, indicaban que las Comunidades Europeas habían evaluado la posibilidad de que los efectos adversos identificados estaban asociados con los estrógenos en general, pero no habían proporcionado un análisis de las posibilidades de que estos efectos se derivaran del consumo de carne y productos cárnicos que contienen residuos de Estradiol 17 β 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 concluyó que, aunque las Comunidades Europeas habían 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 habían satisfecho las prescripciones de la definición de la evaluación del riesgo contenida en el párrafo 4 del Anexo A porque no habían evaluado específicamente la posibilidad de que esos efectos adversos se produjeran o se originaran por el, o resultaran del, consumo de carne o productos cárnicos que contienen residuos veterinarios del estradiol 17 β como consecuencia del tratamiento del ganado con la hormona con fines de estimulación del crecimiento.

iii) *Evaluación de la Directiva 2003/74/CE*

El Órgano de Apelación determinó que el *Codex* había adoptado una norma internacional para el estradiol 17 β sobre la base de evaluaciones hechas por el JECFA. Las Comunidades Europeas afirmaron que habían 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.

Las Comunidades Europeas también destacaron que habían hecho una evaluación del riesgo para la carne de bovino tratada con estradiol 17 β con el fin de estimular el crecimiento. Esa evaluación del riesgo consistió en los Dictámenes de 1999, 2000 y 2002, apoyados por 17 estudios realizados entre 1998 y 2001.

Las Comunidades Europeas también explicaron que su medida sanitaria o fitosanitaria, es decir, la prohibición de la importación y la comercialización aplicada por la directiva 2003/74/CE, se adoptó teniendo en cuenta el nivel más elevado de protección que se fijó para sí misma y se basó debidamente en su evaluación de riesgo.

Opinión Órgano de Apelación. De lo analizado, puede constatarse que el grupo especial no incurrió en error al exigir una evaluación específica de los riesgos derivados de la presencia de residuos de estradiol 17 β en la carne o los productos cárnicos de bovinos tratados con la hormona con fines de estimulación del crecimiento.

Decisión. En cuanto a la cuantificación del riesgo, el Órgano de Apelación consideró que la referencia del grupo especial a la “posible aparición” 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 Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, como lo ha interpretado el Órgano de Apelación. Por consiguiente, se desestimó la alegación de las Comunidades Europeas de que el grupo especial interpretó incorrectamente el párrafo I del artículo 5 y el párrafo 4 del Anexo A del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias en el sentido de que exigían una cuantificación del riesgo.

iv) Conclusiones del Órgano de Apelación

El Órgano de Apelación concluyó que el grupo especial incurrió en numerosas deficiencias en cuanto a su análisis, tanto que el mismo Órgano de Apelación, que en anteriores ocasiones ha completado el análisis del grupo especial (incluso cuando no ha formado parte de su mandato, sino más como una contribución generalmente aceptada por los Estados Miembros de la OMC con la finalidad de alcanzar una solución pronta y completa en beneficio de las Partes), en este caso no fue posible. Como consecuencia, no fue posible determinar la compatibilidad o incompatibilidad de la prohibición de las importaciones impuesta por las Comunidades Europeas, respecto de ninguna de las hormonas materia del presente caso.

Como consecuencia de lo anterior, el Órgano de Apelación decidió que no es posible determinar si, con la directiva comunitaria 2003/74/CE, las Comunidades Europeas lograron cumplir sustantivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.8, con lo dispuesto por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, por lo tanto, las recomendaciones y resoluciones adoptadas inicialmente por el OSD siguen vigentes. No obstante, con la finalidad de resolver definitivamente esta diferencia, el Órgano de Apelación recomendó al Órgano de Solución de Diferencias que a su vez, solicite a Estados Unidos y a las Comunidades Europeas, iniciar sin demora el procedimiento establecido en el artículo 21.5 del ESD para resolver el desacuerdo mutuo acerca de si las Comunidades Europeas han suprimido la medida declarada incompatible y si la aplicación de la suspensión de concesiones por Estados Unidos sigue siendo jurídicamente válida.

XI. CONCLUSIÓN GENERAL

El Informe del Órgano de Apelación, adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias, estableció muchos nuevos criterios que podrán tomarse como referencia en posteriores diferencias, constituyen precedentes impor-

tantes sobre criterios y procedimientos no explicados en el Entendimiento de Solución de Diferencias, de ahí la importancia de su análisis.

En el Repertorio del Órgano de Apelación, que se actualiza de forma anual, seguramente se incluirán estos criterios en breve, pero por el momento resulta interesante revisar una de las diferencias en las que hay un mayor derroche de análisis, ya que las Partes en el proceso son dos de los más poderosos Miembros de la OMC, claro está, desde el punto de vista comercial.

Conceptos como el de “cumplimiento sustantivo” y “carga de la prueba”, así como la definición de los límites en cuanto al mandato del grupo especial, la formulación de una determinación de incumplimiento por una de las Partes, los alcances del Principio de Buena Fe en el Derecho Internacional Público y la no existencia de efectos jurídicos en las declaraciones de los representantes de los Estados Miembros en las sesiones plenarias del Órgano de Solución de Diferencias, entre otras que se omitieron en este análisis⁴ como la transparencia de los procesos en la etapa de apelación en futuras diferencias, darán mucho de qué hablar en los próximos meses, además de que aportan argumentos que han de constituir una plataforma sólida para la futura reforma del Entendimiento de Solución de Diferencias.

La relevancia que tiene el mecanismo de solución de diferencias de la OMC en el concierto internacional consiste en el gran número de controversias que resuelve anualmente, pero lo más destacable de este mecanismo se encuentra en la posibilidad de adaptarlo a la nueva realidad con cada nuevo análisis que realiza el Órgano de Apelación. Estos precedentes que año con año se acumulan en el Repertorio del Órgano de Apelación de la OMC, forman parte del criterio jurídico más importante que existe en el comercio internacional contemporáneo.

Queda pendiente, por ahora, el procedimiento que ha de realizarse, a solicitud de Estados Unidos o de las Comunidades Europeas, conforme al Artículo 21.5 del Entendimiento de Solución de Diferencias, para efecto de que el grupo especial concluya si Estados Unidos y Canadá deben o no eliminar la suspensión de concesiones, o si por el contrario, prevalece la directiva comunitaria 2003/74/CE como medida de cumplimiento efectivo del Informe del Órgano de Solución de Diferencias, que ha de obligar a la eliminación de la suspensión de concesiones de los países norteamericanos.

⁴ Más por razones de extensión, aunque se han considerado las más importantes.